

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DROIT DE SUITE

sur le Fonds de Commerce

PLUS SPÉCIALEMENT

Droit de Suite des Créanciers Chirographaires

(Combinaison avec les principes généraux du Droit)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

le Mercredi 20 Décembre 1911, à 2 heures

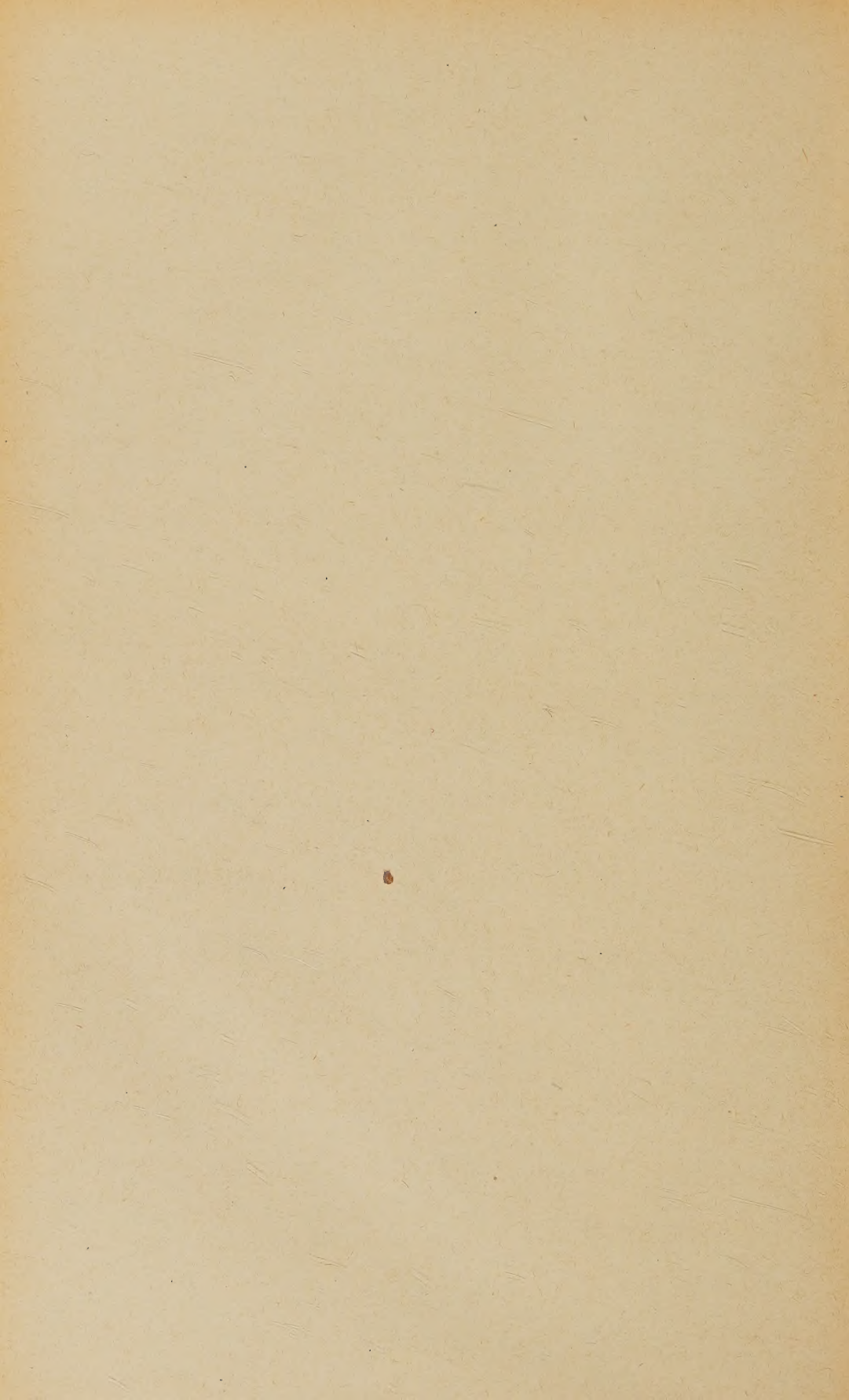
PAR

Louis BOURNAY

BOURGOIN

DEDOUX & FOUQUET, ÉDITEURS

1911



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- CAILLEMER, C. ✕, I. O, doyen honoraire, correspondant de l'Institut.
THALLER, ✕, I. O, professeur honoraire.
AUDIBERT, I. O, professeur honoraire.
FLURER, I. O, doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I. O, professeur de Droit criminel.
APPLETON (Charles), O, professeur de Droit romain.
COHENDY, ✕, I. O, professeur de Droit commercial.
PIC, I. O, professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. O, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A O, professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. O, professeur de Science financière et de Législation française des finances
LAMEIRE, I. O, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
JOSSEMERAND, I. O, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.
BROUILHET, I. O, professeur d'Économie politique.
HUVELIN, I. O, professeur de Droit romain.
LÉVY, I. O, professeur de Droit civil.
GONNARD, A. O, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. O, professeur de Procédure civile.
BECQ (J.), I. O, Secrétaire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. BOUVIER-BANGILLON, *Professeur*.

Assesseurs : MM. HUVELIN, *Professeur*.

LAMBERT, *Professeur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DROIT DE SUITE

sur le Fonds de Commerce

PLUS SPÉCIALEMENT

Droit de Suite des Créanciers Chirographaires

(Combinaison avec les principes généraux du Droit)

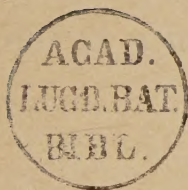
THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

le Mercredi 20 Décembre 1911, à 2 heures

PAR



Louis BOURNAY

BOURGAIN

DEDOUX & FOUQUET, ÉDITEURS

1911

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

*Modeste témoignage de
Filiale Tendresse et de
Profonde Reconnaissance*

A MES PROFESSEURS

MEIS ET AMICIS

ERRATA

Page 72, ligne 4, lire : *res mobiles vel se moventes*.

Page 78, lignes 1 et 2, lire : Jobbé-Duval, Poincaré, Aubry et Rau.

Page 82, ligne 5, lire : mettre les meubles du débiteur à la discrétion
du créancier.

Page 152, ligne 3, lire : plusieurs personnes limitativement déterminées.

Page 159, ligne 15, lire : la loi accorde au fisc une hypothèque.

Page 183, ligne 30, lire : contre celui qui a violé à leur détriment...

PREAMBULE

DELIMITATION DU SUJET

La question des fonds de commerce avait été entièrement ignorée de notre ancien droit et de nos Codes. A cette époque, les immeubles seuls avaient attiré l'attention du législateur, et la vieille règle : « Vilis mobilium possessio » était encore un principe incontesté. Il était alors difficile de prévoir le développement considérable que devait prendre de nos jours la fortune mobilière, et particulièrement le commerce et l'industrie dont la valeur dépasse actuellement quatre milliards.

L'expression elle-même de fonds de commerce ne se rencontre pas dans nos textes législatifs avant la loi fiscale du 28 Février 1872, et jusqu'à ces dernières années la réglementation légale en cette matière était très rudimentaire.

Ce serait cependant une erreur de croire que, durant cette longue période, les fonds de commerce n'ont été

l'objet d'aucune transaction ; des cessions et mises en gage intervenaient fréquemment, mais elles étaient soumises aux principes généraux du droit :

Pour le nantissement, par exemple, on se référerait aux art. 2.074, 2.075, 2.076 du Code civil. De nombreuses controverses surgissaient alors pour déterminer à quelles conditions le nantissement serait opposable aux tiers. Certaines juridictions exigeaient la mise en possession effective du créancier, conformément à l'art. 2.076 : c'était rendre le nantissement du fonds de commerce pratiquement impossible, car on aboutissait à la dépossession réelle du débiteur. Les tribunaux consulaires se contentaient au contraire de la remise au créancier des titres d'acquisition du fonds, et de la signification du gage au bailleur de l'immeuble : c'était sacrifier les tiers en raison du caractère occulte de ces formalités de publicité.

Une loi du 1^{er} Mars 1898 ajouta un simple alinéa à l'art. 2.075 du Code civil et donna lieu à des difficultés très graves dues à son laconisme : elle se contente d'exiger l'inscription du nantissement au greffe du tribunal de commerce où le fonds est exploité.

Pour la vente des fonds de commerce, mêmes hésitations et incertitudes. Aucune législation spéciale sur la matière. On appliquait purement et simplement le droit commun. C'était laisser libre cours à la fraude ; le commerçant pouvait vendre son fonds et toucher le prix à l'insu de ses créanciers. Certains usages cherchèrent à prévenir ces dangers, mais la force obligatoire de ces usages restait douteuse.

Enfin en ce qui concerne la réalisation des fonds de commerce, lacune complète dans notre code de procédure civile.

Une loi spéciale était donc indispensable, et attendue avec impatience dans le monde commercial. Il était, en effet, de toute nécessité de faire cesser les controverses, et de régler d'une façon précise et équitable une matière dont l'importance pratique était considérable (importance attestée par le bulletin de statistique du ministère des finances qui donne pour la France 54.291 ventes de fonds de commerce en 1903 ; et au seul greffe du tribunal de la Seine, près de 2.000 nantissemens de fonds de commerce ont été inscrits en 1905).

Le 17 Mars 1909 fut promulguée, sur l'initiative de M. le sénateur CORDELET, la loi sur la vente et le nantissement des fonds de commerce. Le 1^{er} Avril de la même année, une loi modifiait quelques erreurs matérielles de la précédente, introduisait quelques dispositions nouvelles et fixait au 1^{er} Avril 1909 l'époque d'exécution de la loi du 17 Mars. Notre législation française se trouvait alors enrichie d'une loi réclamée depuis longtemps par des nécessités pratiques, et les difficultés relatives aux fonds de commerce allaient être soustraites à l'arbitraire des tribunaux.

Est-ce à dire que cette loi est parfaite, a mis fin à toute controverse et ne souffre aucune critique ? Non, sans doute ; mais si nous relevons quelques lacunes, quelques obscurités, quelque incohérence même, hâtons-nous de dire que dans ses grandes lignes la loi a reçu l'approbation générale, et malgré quelques critiques de détail, elle restera le modèle du genre.

Les dispositions de la loi de 1909 peuvent se grouper autour de quatre chefs principaux : 1^o organisation de la publicité pour les ventes des fonds de commerce, afin de prévenir les fraudes du vendeur au détriment de ses créanciers ; 2^o réglementation du privilège du vendeur et de son action résolutoire ; 3^o réorganisation du

nantissement et de ses mesures de publicité ; 4^o vente judiciaire du fonds, purge des inscriptions, surenchère.

A la lecture de la loi de 1909, nous sommes frappés par une double particularité qui semble en contradiction formelle avec les principes généraux du droit. Nous constatons en effet : 1^o un droit de suite portant sur des fonds de commerce, c'est-à-dire sur des meubles ; 2^o un droit de suite reconnu à de simples créanciers chirographaires. La première constatation est évidemment inconciliable avec l'art. 2.279 du Code civil qui exclut tout droit de suite en matière mobilière. La deuxième nous paraît encore plus dérogatoire au droit commun, car les créanciers chirographaires ne sont titulaires que d'un simple droit personnel, et, comme tels, ne peuvent se prévaloir des attributs réservés aux seuls droits réels, notamment le droit de suite.

Je m'étais tout d'abord proposé d'étudier spécialement le droit de suite des créanciers chirographaires sur les fonds de commerce, et, à cet effet, de traiter dans une première partie les particularités de ce droit de suite et sa combinaison avec les principes du droit commun. Une deuxième partie, non moins étendue, aurait été consacrée à l'étude approfondie de la loi, à ses applications, au fonctionnement du droit de suite des créanciers chirographaires à propos de toutes les opérations qui ont pour but de faire sortir le fonds de commerce du patrimoine du débiteur : vente, échange, donation, legs, succession, dation en paiement, partage... Cette étude ayant été déjà maintes fois rebattue, j'ai pensé qu'il serait plus intéressant de m'attacher à la partie pour ainsi dire théorique du sujet, je veux parler de la conciliation avec les principes généraux du droit des deux contradictions relevées plus haut.

En conséquence la première partie de cet exposé, que nous intitulerons « constatation des dispositions légales », aura pour objet l'étude de la loi de 1909 en ce qui concerne la constatation d'un droit de suite portant sur des meubles et reconnu notamment à de simples créanciers chirographaires. Je laisserai tout ce qui dans la loi n'a pas trait à cette question, me bornant à reproduire les principes bien établis, sans m'attarder aux points controversés ou à élucider.

Dans une deuxième partie, je tâcherai de démontrer qu'il n'y a rien d'exorbitant à ce que des meubles soient grevés d'un droit de suite, les art. 2.119 et 2.279 du Code Civil n'ayant pour but que d'assurer la sécurité des transactions, et pouvant être écartés chaque fois que l'intérêt des tiers ne sera pas sacrifié, c'est-à-dire chaque fois que le meuble sera susceptible d'un mode de publicité autre que la mise en possession effective.

La troisième partie, enfin, aura pour objectif immédiat la combinaison avec les principes généraux d'un droit de suite reconnu à de simples créanciers chirographaires, conséquence de ce qu'on ne peut dégager aucune différence de nature entre le droit réel et le droit personnel. Nous exposerons le développement historique de ces droits, et pourrons ainsi constater qu'à Rome comme dans les peuplades germaniques, le droit réel et le droit personnel sont identiques à l'origine, comportent les mêmes attributs, et ne se sont séparés dans la suite qu'en raison de leur différence d'objet.

Première Partie

Constatation des Dispositions Légales

Cette première partie, selon le plan indiqué dans le préambule, sera exclusivement consacrée à la constatation de deux singularités de la loi du 17 Mars 1909 : 1^o l'existence d'un droit de suite portant sur le fonds de commerce, c'est-à-dire sur un meuble, et appartenant tant au vendeur du fonds qu'aux créanciers nantis ; 2^o la reconnaissance de ce droit de suite à de simples créanciers chirographaires.

Avant d'entrer dans le détail, il nous a paru indispensable de préciser, aussi exactement que possible, ce qu'on entendait par fonds de commerce, car c'est une expression sujette à discussion.

Dans le langage ordinaire, le fonds de commerce désigne tout établissement commercial ou industriel,

avec sa clientèle, ses marchandises et son matériel. MM. LYON-CAEN et RENAULT (traité de droit commercial, tome 3, n° 239) nous donnent en effet cette définition : « sous le nom de fonds de commerce, on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement l'installation matérielle, l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce, la marque de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises ». Même idée dans la plupart des auteurs. Dans toutes ces définitions on relève une notion commune ; le fonds de commerce constitue la base, le support de tout ce qui est utile au commerce. C'est à tort que BOISTEL, dans son cours de droit commercial (n° 429) étend outre mesure la conception du fonds de commerce en y faisant entrer les créances, car les créances et les dettes sont le résultat de l'exploitation commerciale, et ne lui servent pas de base. Le fonds de commerce comprend donc tout ce qui sert de base, de support au commerce, la clientèle, l'achalandage, aussi bien que les marchandises, le droit au bail...

Le législateur de 1909 a déterminé d'une façon assez nette les éléments constitutifs d'un fonds de commerce :

Dans un sens général, « *lato sensu* », pour employer l'expression de M. BOUVIER-BANGILLON (de la vente et du nantissement des fonds de commerce, page 19), le fonds de commerce comprend : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits

de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés. Notons que le fonds de commerce ne réunit pas nécessairement tous ces éléments. Certains commerces peuvent fonctionner en dehors de toute clientèle (les marchands forains par exemple), et même en dehors de toute marchandise en magasin (c'est le cas des commissionnaires). Tout dépend donc du genre de commerce et de la façon dont il s'exerce.

La loi de 1909 nous autorise à concevoir le fonds de commerce d'une façon plus restreinte, un fonds de commerce « *stricto sensu* ». Son art. 1^{er} porte en effet : « à défaut de désignation précise (le privilège du vendeur), ne porte que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ». Il est d'ailleurs à remarquer qu'un fonds de commerce peut avoir encore moins d'étendue, les parties étant libres de lui donner plus ou moins d'ampleur, et même de le réduire à un seul élément.

La loi de 1909 établit une différence entre la vente et le nantissement du fonds de commerce au point de vue des éléments constitutifs. Quand il s'agit de nantissement, le fonds de commerce, même *lato sensu*, comprend le mobilier commercial, le matériel et l'outillage, mais ne comprend jamais les marchandises (loi de 1909, art. 1, 9 et 24). Cette différence avec la vente s'explique par des motifs d'intérêt général, et notamment la sécurité des tiers.

Dans quelle catégorie de biens devons-nous ranger le fonds de commerce ? Meuble ou immeuble ? La réponse n'est pas douteuse. Tous les éléments susceptibles d'entrer dans la composition d'un fonds de commerce étant de nature essentiellement mobilière, le fonds lui-même, constitué par la réunion de ces divers

éléments ou de quelques-uns d'entre eux, doit être rangé naturellement parmi les biens mobiliers.

Étant désormais fixés sur la définition et la nature du fonds de commerce, passons à l'examen de la loi de 1909 en ce qui concerne l'existence d'un droit de suite sur le fonds, et appartenant au vendeur d'une part, aux créanciers nantis, d'autre part. Nous étudierons ensuite cette particularité de la loi qui, à première vue, paraît encore plus exceptionnelle dans notre droit : le droit de suite des simples créanciers chirographaires.



SECTION PREMIÈRE

Droit de suite du vendeur et des créanciers nantis

Afin de suivre plus facilement les développements sur cette matière, il importe de donner un rapide aperçu des conditions d'existence, et des biens sur lesquels portent les privilèges du vendeur et des créanciers nantis, avant d'en étudier les effets.

CHAPITRE I^{er}

Privilège du Vendeur

Le privilège du vendeur est réglementé dans l'art. 1^{er} de la loi de 1909. Ce texte, en consacrant l'existence de ce privilège, ne fait que sanctionner un principe admis couramment en doctrine et en jurisprudence.

I. — Conditions d'existence

La loi nouvelle s'exprime ainsi dans son art. 1^{er}, alinéa 1. « Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par

un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

L'existence de ce privilège est donc subordonné à une double condition : 1^o *La vente doit intervenir par écrit* : cette exigence n'est pas une condition d'existence de la vente, qui reste soumise au droit commun, quant à sa validité et à ses modes de preuve. Elle n'est requise que pour la conservation du privilège du vendeur, non dans le but de prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège, mais en raison de la nécessité de l'inscription au greffe du tribunal. 2^o *Publicité du privilège* : l'organisation de mesures de publicité est une heureuse innovation de la loi de 1909. Auparavant, la vente était régie par les principes généraux du droit. L'art. 2.102 du Code civil conférait au vendeur du fonds le privilège du droit commun résultant de toute aliénation d'effets mobiliers. Garantie insuffisante : elle ne fonctionnait qu'autant que l'objet vendu était resté en la possession de l'acquéreur ; elle était en outre soumise aux modes d'extinction du privilège de tout vendeur de meubles, notamment la faillite de l'acquéreur. Pour parer à ces dangers, le vendeur se faisait consentir par l'acquéreur un nantissement sur le fonds vendu. D'autre part l'acquéreur, ne pouvant vérifier si son vendeur avait payé son prix, était exposé à se voir déposséder ou à verser une deuxième fois son prix.

La loi de 1909, en organisant la publicité de la vente, a consolidé le privilège du vendeur. Désormais le privilège doit être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce où le fonds est exploité.

« L'inscription doit être prise à peine de nullité dans la quinzaine de la date de l'acte de vente » (art. 2, alinéa 1). Cette obligation, parfois très gênante pour le vendeur, est prescrite à peine de nullité, afin que les tiers en rapport avec l'acquéreur soient fixés au plus tôt sur l'existence du privilège du vendeur. Dans ces conditions l'inscription « est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire » (art. 2, alinéa 1), c'est-à-dire que la faillite, la liquidation judiciaire de l'acquéreur, ou son décès suivi d'acceptation bénéficiaire, ne font pas obstacle à l'inscription du privilège du vendeur, malgré l'art. 2.146 du Code civil qui suspend le cours des inscriptions en semblables hypothèses.

L'art. 2 de la loi nouvelle rend solidaires le privilège du vendeur et son action résolutoire, comme au cas de vente d'immeubles, mais, par mesure de précaution pour les tiers, l'action résolutoire doit être expressément réservée dans l'inscription.

II. — Sur quoi porte le privilège

L'acte de vente doit énumérer les éléments du fonds sur lequel portera le privilège. A défaut d'indication précise, le privilège ne portera que sur le fonds de commerce *stricto sensu*, c'est-à-dire l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (art. 1, alinéa 2).

La loi prescrit en outre l'établissement de prix distincts : « Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises » (art. 1, alinéa 3). Cette exigence est évidemment contraire aux principes admis jusque là. La Cour de Cassation avait maintes fois décidé que le fonds de commerce constituait un tout, une universalité ; or la

vente d'un fonds de commerce est désormais scindée en trois ventes distinctes, et donne naissance en réalité à un triple privilège pour le vendeur, l'un portant sur les marchandises, l'autre sur le matériel, l'autre sur les éléments incorporels. Chaque élément du fonds se trouve ainsi grevé séparément d'un privilège.

Lorsque des versements partiels sont faits sur le prix, sans indication spéciale, la loi règle l'imputation des paiements : « Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel » (art. 1, alinéa 5).

III. — Effets du privilège

Le privilège du vendeur, une fois publié, confère à son titulaire : 1° Un droit de préférence. Et si l'inscription est prise dans la quinzaine de l'acte de vente, elle primera toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur, autrement dit le privilège du vendeur primera celui du créancier nanti du chef de l'acquéreur : Solution contraire à la jurisprudence antérieure.

2° Un droit de suite. La loi ne fait ici que reconnaître expressément ce que la pratique admettait depuis longtemps. Nous en renvoyons l'étude dans le chapitre trois de cette première partie.

CHAPITRE II

Privilège du créancier nanti

La loi de 1909 a organisé sur des bases nouvelles le nantissement des fonds de commerce, mettant fin à toutes les controverses soulevées jusqu'alors.

L'expression de nantissement employée par la loi est inexacte. C'est en réalité une hypothèque mobilière, car la remise du gage n'est pas exigée. Or le gage, à la différence de l'hypothèque, suppose la dépossession du débiteur, et la mise en possession du créancier (art. 2.071 Code civil). Parlons donc d'hypothèque mobilière, plutôt que de nantissement ou de gage sans dépossession.

Comme pour le privilège du vendeur, passons rapidement en revue les dispositions de la loi de 1909 relatives aux conditions d'existence du nantissement, aux biens sur lesquels il porte, avant d'en étudier les effets.

I. — Conditions d'existence

« Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique, ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré. » Ainsi s'exprime l'art. 10 de la loi nouvelle. Donc nécessité d'un écrit, comme pour la vente, peu importe la nature commerciale ou civile du nantissement, de la créance garantie.

L'écrit peut être un acte authentique ou un acte sous seing privé dûment enregistré. C'est une dérogation au droit commun, car le nantissement du fonds de commerce est en réalité une hypothèque mobilière, or toute hypothèque exige nécessairement un acte authentique pour sa constitution (art. 2.127 Code civil). En outre, tandis que seuls les actes synallagmatiques doivent être rédigés en double original (art. 1.325 Code civil), le nantissement des fonds de commerce exige toujours la formalité du double, car le créancier gagiste, lorsqu'il requiert l'inscription de son privilège, doit présenter au greffier l'un des originaux du titre constitutif du nantissement.

Le privilège du créancier nanti résultera du seul fait de l'inscription au greffe du tribunal. Cette solution, mettant fin aux controverses soulevées sous l'empire de la loi de 1898, est expressément consacrée par la loi nouvelle, art. 8, alinéa 1 : « les fonds de commerce peuvent faire l'objet du nantissement sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la présente loi ». Et l'art. 10, alinéa 2 décide : « le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

La loi de 1898 ne fixait aucun délai au créancier nanti pour inscrire son privilège. On s'en remettait sur ce point à la diligence du créancier, dont l'intérêt était de s'inscrire au plus tôt, afin de ne pas se voir primer par un créancier plus actif, ou empêcher par un événement susceptible d'arrêter le cours des inscriptions. Ces raisons étaient sans doute insuffisantes, car la loi nouvelle décide dans son art. 11, alinéa 1 : « l'inscription doit être prise à peine de nullité du nantissement dans la quinzaine de l'acte constitutif ». Le délai imparti au créancier nanti pour s'inscrire est donc le même que celui du vendeur du fonds. Il y a cependant une différence : tandis que la déclaration de faillite ou la liquidation judiciaire de l'acquéreur n'empêchent pas le vendeur d'inscrire son privilège, s'il est encore dans le délai de quinzaine, ces mêmes événements font obstacle à l'inscription du créancier nanti, même s'ils surviennent avant l'expiration du délai de quinzaine (art. 11, alinéa 2). Cette différence de traitement entre la vente et le nantissement est difficile à justifier.

Par analogie avec la solution admise pour le privilège du vendeur, le créancier nanti doit pouvoir inscrire

son privilège malgré le décès du débiteur suivi d'acceptation bénéficiaire de sa succession, car la loi de 1909 est muette à ce sujet.

Si le fonds de commerce comprend des marques de fabrique et de commerce, des dessins ou modèles, une publicité complémentaire est exigée en cas de vente et de nantissement : c'est une inscription à l'Office national de la propriété industrielle (art. 24).

II. — Sur quoi porte le nantissement

Cette question avait donné lieu à de graves controverses en doctrine et en jurisprudence. La loi de 1909 prévoit spécialement cette hypothèse et tranche toute difficulté (art. 9). Ce texte fait une distinction :

L'acte est-il muet sur les éléments compris dans le nantissement : Le nantissement ne porte alors que sur le fonds de commerce *stricto sensu*, sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

L'acte désigne-t-il les éléments du fonds compris dans le nantissement : Le créancier nanti aura alors pour gage le fonds de commerce *lato sensu*.

Mais si, en principe, les parties sont libres de déterminer l'objet du nantissement, il y a cependant une réserve à faire : le nantissement, à la différence de la vente, ne pourra jamais comprendre les marchandises. Les travaux préparatoires nous donnent la raison de cette différence avec la vente : « L'acquisition du fonds pour l'exploiter est le premier acte de la vie commerciale de l'acheteur, et c'est à ce moment même que prend naissance le privilège du vendeur, dont l'effet est limité par l'inscription. Il n'y a pas de créanciers antérieurs auxquels puisse nuire la survenance de ce privilège. Les nantissements, au contraire, pourront intervenir à

tout moment de sa vie commerciale, dans l'intervalle qui s'écoulera entre la vente des marchandises et l'époque fixée pour le paiement ; et c'est à ce point de vue surtout, parce qu'il est pratiquement impossible d'obliger le fournisseur à consulter le registre du greffe avant chacune de ses opérations, que nous nous sommes placés pour interdire le nantissement sur les marchandises. » (Rapport CORDELET). M. PERCEROU, dans son rapport, émet une opinion analogue : « On a fait valoir que cette forme de nantissement sans dépossession constitue une fraude pour la masse des créanciers, qu'il est impossible aux petits créanciers qui traitent avec un commerçant d'aller consulter le registre du greffe pour chaque engagement passé avec lui et qu'ils ont forcément confiance dans les marchandises. Puis, arrive la faillite et un créancier se présente, le plus souvent le vendeur, ou quelque négociant en gros, fournisseur du failli et en même temps son bailleur de fonds, dont la créance absorbe par privilège tout l'actif. Pour éviter ce danger, pour laisser quelque crédit au débiteur et quelque gage aux créanciers chirographaires, il est nécessaire d'exclure les marchandises du nantissement ».

Si la loi exclut les marchandises du nantissement, rien n'empêche au commerçant de les donner en gage ; il devra alors se conformer au droit commun, c'est-à-dire mettre en possession le créancier gagiste.

Tous les autres éléments du fonds peuvent faire l'objet d'un nantissement, soit en bloc, soit individuellement, sans distinguer entre ceux corporels et ceux incorporels.

Le privilège du créancier nanti est indivisible, porte sur tous les éléments compris dans le nantissement, à la différence du privilège du vendeur qui est triple en réalité. Le vendeur a ainsi intérêt à se faire

consentir un nantissement sur le fonds vendu, même depuis la loi de 1909.

III. — Effets du nantissement

En principe le créancier nanti jouit de tous les droits reconnus aux créanciers gagistes ordinaires. Le droit d'attribution lui est cependant refusé par l'art. 8, alinéa 2 : « le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence ». Mais, comme les créanciers gagistes du droit commun, le créancier nanti possède :

1^o Un droit de préférence : « le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence » (art. 12).

2^o Un droit de suite : la loi nouvelle le consacre formellement dans son art. 22. Les dispositions de la loi relatives à ce droit de suite étant communes au vendeur et au créancier nanti, nous allons les étudier dans un même chapitre.

CHAPITRE III

Droit de suite du Vendeur et des Créanciers nantis

Comme nous le savons, le droit de suite est un des attributs des droits réels, permettant à son titulaire de suivre le bien grevé de ce droit en quelques mains qu'il se trouve, et de le revendiquer contre tout tiers détenteur.

Ce droit était de nature à créer une entrave sérieuse à la circulation des biens. Nul ne consentirait à se rendre acquéreur d'un bien qu'il n'aurait la certitude de pouvoir conserver. C'est pour remédier aux inconvénients résultant de l'exercice du droit de suite, c'est pour ne pas laisser l'acquéreur sous la menace perpétuelle d'une éviction qu'on a organisé les procédures de purge et de surenchère.

Le droit réel d'hypothèque, par exemple, entraîne incontestablement suite et préférence. En vertu du droit de suite, le créancier hypothécaire n'aura pas à redouter les aliénations postérieures à l'établissement de son droit : il aura la faculté de suivre le bien entre les mains de tout tiers détenteur. La purge et la surenchère sont les correctifs de ce droit de suite. La purge, dont le résultat sera de libérer l'immeuble de tous les privilèges et hypothèques qui le grèvent, de faire parvenir le bien franc et libre de toute charge, reportant sur le prix le droit de suite des créanciers hypothécaires. Le droit de surenchère, dont le but est de permettre aux créanciers inscrits de requérir la mise aux enchères de l'immeuble grevé de leur droit, constituant ainsi la sanction de leur droit de suite.

Chaque fois qu'à l'occasion de la transmission d'un bien nous verrons fonctionner la purge et la surenchère, nous pourrons déduire incontestablement l'existence d'un droit de suite que ces procédures ont pour but de corriger.

En ce qui concerne le fonds de commerce, le droit de suite semblait devoir être écarté, conformément aux art. 2119 et 2279 du Code civil qui posent le principe de l'exclusion du droit de suite en matière mobilière. Une pratique courante tendait cependant à reconnaître au vendeur et au créancier nanti un droit de suite sur

le fonds de commerce. La loi de 1909 ne fait que sanctionner cet usage dans son art. 22, alinéa 1. « Les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe ».

Le droit de suite sur le fonds de commerce ayant l'occasion de se manifester soit en cas d'aliénation volontaire du fonds, soit à la suite de la réalisation forcée sur la demande des créanciers, nous nous placerons successivement dans ces deux hypothèses pour en faire l'étude.

I. — Aliénation volontaire du fonds de commerce

Les privilèges du vendeur et des créanciers nantis, conférant à leurs titulaires le droit de suivre le fonds en quelques mains qu'il passe, devaient entraîner de fâcheuses conséquences. La menace, pour l'acquéreur, de se voir évincer par l'exercice du droit de suite, était une entrave à la libre circulation des fonds de commerce. Aussi, guidée par la même idée qui avait fait admettre la purge des privilèges et hypothèques en matière immobilière, c'est-à-dire dans le but de favoriser la libre circulation des biens, la loi de 1909 a organisé une procédure de purge des privilèges inscrits, correctif du droit de suite des créanciers inscrits sur le fonds de commerce. M. CORDELET nous dit en effet dans son rapport : « Les art. 22 et 23 organisent la purge des privilèges inscrits. Les créanciers privilégiés inscrits ont un droit réel sur le fonds, un droit de suite. Ils ne pourront être contraints d'accepter le prix s'il est insuffisant pour les désintéresser. Le droit de surenchère est la sanction du droit de suite. De même on ne peut laisser l'acquéreur indéfiniment sous la menace d'une dépossession. Il doit donc être autorisé à notifier son contrat aux

créanciers inscrits jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles ».

A la lecture des art. 22 et 23 de la loi nouvelle, on constate une grande ressemblance avec la purge des hypothèques et privilèges immobiliers. La loi de 1909 s'est évidemment inspirée du Code civil sur la matière, lui empruntant la plupart de ses institutions. C'est donc au Code civil qu'il faudra nous reporter en cas de doute ou de silence de la loi.

1° *Qui peut purger ? Dans quel cas ?* Mêmes solutions qu'en matière immobilière. Pour pouvoir purger il faut donc : être acquéreur du fonds, être étranger à la dette, être étranger à la constitution du privilège.

A : Tout d'abord, il faut être acquéreur du fonds grevé de privilèges. Les acquéreurs peuvent tous purger, sans distinguer entre l'acquéreur à titre gratuit et celui à titre onéreux, l'acheteur comme le donataire ou le légataire.

« Le droit de purger les privilèges inscrits n'est pas limité au cas de vente, dit M. CORDELET dans son rapport. Il appartient également à tous ceux qui ont acquis le fonds à titre gratuit. » En conséquence, par analogie avec la purge hypothécaire, il faut admettre que tout acquéreur du fonds peut purger, peu importe la nature du titre d'acquisition (vente, donation, testament...), et peu importe que la propriété soit transmise ou non d'une façon incommutable. L'acquéreur sous condition résolutoire sera admis à purger, non le propriétaire sous condition suspensive, car il n'est pas un propriétaire actuel.

Il faut reconnaître le droit de purger à l'héritier sous bénéfice d'inventaire qui se rendrait adjudicataire d'un fonds de commerce faisant partie de la succession. Grâce à l'acceptation bénéficiaire les deux patrimoines

du défunt et de l'héritier sont juridiquement distincts, et l'héritier n'est pas tenu des obligations de son auteur. Sans doute l'héritier bénéficiaire était déjà propriétaire du fonds avant l'adjudication, mais il l'était comme héritier ; par l'adjudication il se produit une novation dans son titre, il est désormais propriétaire du fonds comme adjudicataire, et, à ce titre, il doit pouvoir purger.

B : La deuxième condition requise pour purger est d'être étranger à la dette. Cette solution s'impose d'elle-même, car admettre le contraire, ce serait permettre au débiteur de contraindre son créancier à l'acceptation d'un paiement partiel ou anticipé. On refusera donc le droit de purger aux codébiteurs solidaires et aux cautions.

C : Enfin pour pouvoir purger, il faut n'être pas garant du privilège. On écarte ainsi la caution réelle, c'est-à-dire celui qui a constitué un nantissement sur son fonds en sûreté de la dette d'autrui, et le cohéritier qui, ayant reçu en partage le fonds grevé de privilèges, a payé la part de dettes dont il était personnellement tenu.

Notons que certaines acquisitions sont dispensées de purge, comme opérant purge par elles-mêmes : Les créances inscrites sont alors reportées de plein droit sur le prix, par le seul fait de l'adjudication. C'est analogue à la purge des créances inscrites du droit civil, mais ici les acquisitions purgeant par elles-mêmes sont plus nombreuses qu'en matière immobilière. L'art. 22 de la loi de 1909 décide, en effet, que sont dispensées de purge toutes les acquisitions faites aux enchères publiques, soit à la requête des créanciers inscrits ou non inscrits, soit à la suite d'une surenchère du sixième ou du dixième. Donc seules les ventes volontaires donnent lieu à la purge.

2° *Délai* : Le Code civil ne fixe pas de délai pour procéder à la purge (art. 2.183). L'acquéreur est cependant tenu de le faire avant toute poursuite ou, au plus tard, dans le mois à dater de la sommation de payer ou de délaisser. Il en est de même pour l'acquéreur d'un fonds de commerce : il est tenu de purger avant toute poursuite ou dans le délai de quinzaine à dater de la sommation de payer.

L'art. 22, alinéa 2 de la loi de 1909 s'exprime en effet en ces termes : « Lorsque la vente du fonds n'a pas eu lieu aux enchères publiques, en vertu et conformité des art. 5, 15, 16, 17, 18, 20 et 23 de la présente loi, l'acquéreur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits est tenu, à peine de déchéance, avant la poursuite ou dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite, de notifier à tous les créanciers inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions :

1° Les nom, prénoms et domicile du vendeur, la désignation précise du fonds, non compris le matériel et les marchandises, ou l'évaluation du fonds en cas de transmission à titre gratuit, par voie d'échange ou de reprise, sans fixation de prix, en vertu de convention, de mariage, les charges, les frais et loyaux coûts exposés par l'acquéreur ;

2° Un tableau sur trois colonnes contenant : la première, la date des ventes ou nantissements antérieurs et des inscriptions prises ; la seconde, les noms et domiciles des créanciers inscrits ; la troisième le montant des créances inscrites, avec déclaration qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes inscrites jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. La notification contiendra élection de domicile dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds.

Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait divers éléments d'un fonds, les uns grevés d'inscriptions, les autres non grevés, situés ou non dans le même ressort, aliénés pour un seul et même prix ou pour des prix distincts, le prix de chaque élément sera déclaré dans la notification, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre ».

Une difficulté pourrait se présenter : la loi reconnaît au créancier le droit de demander au tribunal la mise aux enchères du fonds huit jours après la sommation de payer ; or, le débiteur a un délai de quinze jours pour adresser ses notifications à fin de purge. En fait ce conflit ne s'élèvera pas, car le tribunal attendra toujours le délai de quinzaine avant de rendre son jugement.

3^e *Procédure* : A la différence de la purge de l'hypothèque maritime qui exige, comme formalité préliminaire, la mutation en douane ; à la différence aussi de la purge immobilière qui suppose, au préalable, la transcription du titre d'acquisition (art. 2.181 du Code civil) ; la loi de 1909 n'oblige pas l'acquéreur d'un fonds de commerce à transcrire son titre avant de procéder à la purge. Cette solution particulière s'explique par cette considération que la transcription de l'acte d'acquisition a pour but d'arrêter le cours des inscriptions des hypothèques qui grevent l'immeuble. Cette préoccupation ne pouvait arrêter le législateur de 1909, car les privilèges portant sur un fonds de commerce doivent être inscrits, sous peine de déchéance, dans un très bref délai : dans la quinzaine de l'acte de vente ou de l'acte constitutif du nantissement. Or, la purge ne pouvant intervenir qu'après l'expiration des délais pour la publication de la mutation du fonds, les délais pour l'inscription des privilèges seront depuis longtemps achevés lorsque

l'acquéreur voudra purger, et toute inscription nouvelle sera impossible.

L'acquéreur doit procéder à des notifications à fin de purge qu'il adresse à tous les créanciers inscrits et par lesquelles il offre son prix d'acquisition, ou un prix représentatif de la valeur du fonds, s'il est acquéreur à titre gratuit.

L'art. 22 décide que l'acquéreur doit notifier son prix « non compris le matériel et les marchandises ». Même solution dans l'art. 23. « Tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut requérir sa mise aux enchères publiques, en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises.... ».. De même dans l'art. 5 alinéa 2 : « Tout créancier inscrit.... peut former une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises ».

Devons-nous conclure que le droit de suite des créanciers inscrits persiste sur le matériel et les marchandises, malgré la procédure de la purge ? C'est inadmissible, car le but poursuivi par la purge (assurer la libre circulation des biens) serait manqué, et on ne comprendrait pas la disposition de l'art. 23 imposant à l'adjudicataire de prendre le matériel et les marchandises à dire d'experts.

La raison de cette exclusion des marchandises et du matériel est donnée par M. CORDELET dans son rapport : « L'art. 23 ne fait porter la surenchère que sur le prix du fonds, non compris le matériel et les marchandises, c'est-à-dire seulement sur les éléments incorporels du fonds. Les marchandises en effet peuvent varier de nature, de nombre et de quantité et par suite de valeur, dans l'intervalle entre la vente et la revente sur surenchère. Il peut en être de même du matériel. »

Les notifications à fin de purge de l'art. 22 ayant été adressées aux créanciers inscrits, ceux-ci ont à choisir entre deux partis ; ou bien accepter la somme offerte, ou bien demander la mise aux enchères.

A : Acceptation des offres : Si la somme offerte permet de désintéresser tout le monde, ou si les créanciers la jugent suffisante comme représentant exactement la valeur du fonds, l'intérêt des créanciers est d'accepter l'offre de l'acquéreur. L'acceptation pourrait être expresse, par notification de l'adhésion des créanciers à l'acquéreur. Mais, en pratique, les créanciers laissent, sans donner de réponse, s'écouler le délai qui leur est donné pour surenchérir. Ce silence équivaut à une acceptation tacite de la somme offerte.

L'offre étant acceptée, le prix du fonds est désormais fixé définitivement à l'égard des créanciers, et le droit de suite de ces derniers se trouve transporté sur le prix. Mais seuls le paiement réel du prix ou sa consignation, libéreront le fonds des privilèges qui le grèvent. C'est la reproduction de la solution admise en matière hypothécaire (art. 2.186 du Code civil).

Après l'acceptation de son offre, l'acquéreur devient personnellement obligé envers les créanciers inscrits, et peut être poursuivi sur tous ses biens jusqu'à concurrence de la somme offerte.

B : Rejet des offres : Si les créanciers jugent que le prix offert est insuffisant, ou que le fonds puisse être vendu à un prix supérieur, ils peuvent rejeter l'offre, et requérir la mise aux enchères du fonds. Ce droit de requérir la mise aux enchères est accordé indistinctement à tout créancier, quelque soit son rang.

Afin de ne pas mettre l'acquéreur à la merci des créanciers, la loi exige du créancier enchérisseur l'engagement de faire porter le prix à un dixième en sus du

prix principal. « Tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut, lorsque l'art. 21 n'est pas applicable, requérir sa mise aux enchères publiques, en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus, et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier de solvabilité suffisante » (art. 3, alinéa 1).

La loi donne aux créanciers un délai de quinze jours, à dater des notifications, pour former leur surenchère. Ce délai court individuellement pour chaque créancier, mais, par dérogation au droit commun (art. 1.033 du Code civil), il n'est pas susceptible d'augmentation en raison des distances. « Cette réquisition, signée du créancier, doit être, à peine de déchéance, signifiée à l'acquéreur et au débiteur précédent propriétaire dans la quinzaine des notifications, avec assignation devant le tribunal de commerce de la situation du fonds, pour voir statuer, en cas de contestation sur la validité de la surenchère, sur l'admissibilité de la caution ou la solvabilité du surenchérisseur, et voir ordonner qu'il sera procédé à la mise aux enchères publiques du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent, et que l'acquéreur surenchéri sera tenu de communiquer son titre et l'acte de bail ou de cession de bail à l'officier public commis. Le délai de quinzaine ci-dessus n'est pas susceptible d'augmentation en raison de la distance entre le domicile élu et le domicile réel des créanciers inscrits » (art. 23, alinéa 2).

Il résulte de l'art. 23, alinéa 2, que la réquisition de mise aux enchères, signée du créancier surenchérisseur, doit être signifiée au débiteur précédent propriétaire, et à l'acquéreur afin de l'avertir que ses offres sont rejetées. L'art. 23 suppose donc, comme du reste l'art. 2.185 3^o du Code civil, que le débiteur principal

et le précédent propriétaire sont une seule et même personne ; or il peut en être autrement, par exemple si un propriétaire a donné son fonds en nantissement pour la dette d'autrui : dans ce cas la signification doit être faite à chacune de ces personnes.

L'art. 23 indique « qu'il sera procédé à la vente aux enchères publiques du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent... » C'est une contradiction, semble-t-il, avec l'exigence de la loi de ne pas comprendre le matériel et les marchandises dans les notifications et la surenchère. M. BOUVIER-BANGILLON, (dans son ouvrage sur la vente et le nantissement des fonds de commerce), répond à cette apparente contradiction qu'en réalité « il s'agit d'une adjudication de principe, sans prix fixé dès maintenant. On veut qu'il soit bien compris que c'est en vertu de son titre d'adjudicataire que ce dernier aura, à un prix à fixer plus tard par expertise, le matériel et les marchandises. »

En cas de surenchère de la part d'un créancier inscrit, si l'acquéreur ne porte pas une enchère plus forte, il ne perd pas par cela la propriété du fonds, mais il est exposé à en être dépossédé. Si l'acquéreur était déjà en possession du fonds, ses pouvoirs sur le fonds vont être amoindris : il est de droit administrateur séquestre, et seuls les actes d'administration lui sont permis. « A partir de la signification de la surenchère, l'acquéreur s'il est entré en possession du fonds, en est de droit administrateur séquestre, et ne pourra plus accomplir que des actes d'administration. Toutefois, il pourra demander au tribunal de commerce ou au juge de référé, suivant les cas, à tout moment de la procédure, la nomination d'un autre administrateur ; cette demande peut également être formée par tout créancier. » (art. 23, alinéa 3).

Cette qualité d'administrateur séquestre n'est donc pas absolument obligatoire pour le tiers détenteur en possession. Le tribunal pourra nommer un administrateur soit sur la demande de l'acquéreur, soit sur celle de tout créancier si l'acquéreur ne présente pas des garanties suffisantes. Le tribunal compétent pour nommer un administrateur sera le tribunal de commerce, ou le juge des référés s'il s'agit de vente civile.

L'art. 23, alinéa 4 décide que « le surenchérisseur ne peut, même en payant le montant de la soumission, faire obstacle, par un désistement, à l'adjudication publique, si ce n'est du consentement de tous les créanciers inscrits. » C'est la reproduction de l'art. 2190 du Code civil et on peut en donner la même explication : la surenchère formée par un créancier a empêché les autres de surenchérir, et le désistement du surenchérisseur pourrait leur porter préjudice, le délai pour surenchérir étant sans doute expiré.

Les formalités de la vente du fonds après surenchère sont réglées par l'art. 23, alinéa 5 : « Les formalités de la procédure et de la vente seront accomplies à la diligence du surenchérisseur et, à son défaut, de tout créancier inscrit ou de l'acquéreur, aux frais, risques et périls du surenchérisseur et sa caution restant engagée selon les règles prescrites par les art. 15, 16, 17 et 20 § 3 ci-dessus. »

On remarque ainsi une analogie frappante avec la purge des hypothèques et privilèges immobiliers. L'art. 23, alinéa 5 est l'équivalent de l'article 2187, 1^o du Code civil et de l'art. 22 de la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime. De même que la vente après surenchère d'un navire ou d'un immeuble a lieu dans les formes des ventes sur saisies, la vente d'un fonds de commerce

après surenchère doit intervenir dans les formes prescrites par la loi de 1909 pour la réalisation du fonds.

Ce même art. 23, alinéa 5 s'inspire encore de l'art. 883 du Code de procédure civile, qui règle les droits de tout créancier hypothécaire inscrit au cas de négligence du surenchérisseur. « Chacun des créanciers, dit cet article, aura le droit de se faire subroger à la poursuite, si le surenchérisseur ou le nouveau propriétaire ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère..... Dans tous les cas ci-dessus la subrogation aura lieu aux risques et périls du surenchérisseur, sa caution continuant à être obligée. » Cette dernière solution s'explique facilement, si on considère que c'est la même poursuite qui continue, le subrogé agissant au nom du surenchérisseur.

L'art. 23, alinéa 6 n'a besoin d'aucun commentaire. « A défaut d'enchère, le créancier surenchérisseur est déclaré adjudicataire. » Il suffit de remarquer que ce texte a été édicté en faveur de l'acquéreur, car la crainte de rester adjudicataire empêchera les créanciers de surenchérir à la légère.

L'art. 23, alinéas 7 et 8 étudie les effets de l'adjudication sur surenchère, et spécialement le cas où l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers. « L'adjudicataire est tenu de prendre le matériel et les marchandises existant au moment de la prise en possession aux prix fixés par une expertise amiable ou judiciaire, contradictoirement entre l'acquéreur surenchéri, son vendeur et l'adjudicataire. Il est tenu au delà de son prix d'adjudication, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux des notifications, ceux d'inscriptions et de publicité prévus par les art. 2, 3 et 4 ci-dessus, et à qui de droit ceux faits pour parvenir à la revente. »

L'art. 23, alinéa 8 est identique à l'art. 2188 du Code civil et s'explique par cette idée que l'acquéreur (ou le donataire) dépossédé doit être indemnisé de tous frais, puisque son titre d'acquisition est résolu. Mais le titre de l'acquéreur est-il ou non rétroactivement anéanti ? Cette question, sur laquelle la loi de 1909 a omis de se prononcer, a de gros intérêts.

Si on penche pour la rétroactivité par exemple, tous les droits réels consentis dans l'intervalle par l'acquéreur ou nés de son chef vont disparaître, — l'adjudicataire pourra agir en garantie contre le vendeur primitif, non l'acquéreur surenchéri, — tous les fruits perçus par l'acquéreur dans l'intervalle devront être restitués, — après le paiement des créanciers inscrits, s'il reste un reliquat sur le prix d'adjudication, l'acquéreur surenchéri n'y a aucun droit.

En matière hypothécaire la jurisprudence décide que l'adjudication prononcée au profit d'un tiers résout rétroactivement le titre de l'acquéreur. Elle admet que tous les droits réels consentis dans l'intervalle par l'acquéreur sont résolus, et que cet acquéreur n'aura pas droit au reliquat. Mais la jurisprudence se montre peu logique et ne déduit pas toutes les conséquences qui découleraient normalement du principe. Ainsi elle n'admet pas que les hypothèques nées du chef de l'aliénateur puissent frapper l'immeuble, — elle n'oblige pas l'acquéreur à restituer les fruits perçus, — elle soumet l'adjudicataire aux deux droits de mutation (celui de l'adjudication et le remboursement de celui versé par l'acquéreur surenchéri), — enfin elle accorde à l'acquéreur un recours en garantie contre son vendeur.

Devons-nous étendre ces décisions jurisprudentielles à la matière des fonds de commerce ? C'est fort probable en raison de l'analogie entre la purge du droit civil et

celle qui nous occupe. D'ailleurs, en cas de silence de la loi de 1909, c'est aux solutions admises en matière hypothécaire qu'il convient de nous reporter.

L'art. 23, alinéa 10 vise l'hypothèse où c'est l'acquéreur surenchéri qui se porte adjudicataire. Son titre d'acquisition se trouve alors consolidé rétroactivement. Il acquiert la libre disposition du fonds, et les actes de disposition qu'il a pu faire, n'étant qu'administrateur séquestre, sont rétroactivement validés. « L'acquéreur surenchéri, qui se rendra adjudicataire par suite de la revente sur surenchère, aura son recours tel que de droit contre le vendeur pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre et pour l'intérêt de cet excédent à compter du jour de chaque paiement » (art. 23, alinéa 10). Bien que le texte ne le dise pas, il faut reconnaître à cet acquéreur le droit de demander des dommages-intérêts pour l'éviction qu'il a subie, conformément aux principes du droit commun.

Enfin l'art. 23, alinéa 9 décide que si l'adjudicataire sur surenchère ne paye pas son prix, il est exposé à voir le fonds revendu à sa folle enchère. « L'art. 19 est applicable à la vente et à l'adjudication sur surenchère ». Et l'art. 19 décide : « Faute par l'adjudicataire d'exécuter les clauses de l'adjudication, le fonds sera vendu à sa folle enchère, selon les formes prescrites par l'art. 17 ci-dessus ».

Notons en passant la prohibition de surenchère contenue dans l'art. 21 : « Aucune surenchère n'est admise lorsque la vente a eu lieu dans les formes prescrites par les art. 5, 15 et 23 de la présente loi ». C'est donc que l'adjudication sur surenchère purge par elle-même, et les privilèges sont reportés de plein droit sur le prix. On applique ainsi à cette purge la maxime du droit civil « *surenchère sur surenchère ne vaut* ».

II. — Vente forcée du fonds de commerce

Le droit de suite des créanciers inscrits sur le fonds de commerce fait encore son apparition en cas de vente forcée du fonds. Nous allons étudier les dispositions de la loi de 1909 relatives à ce sujet.

La vente forcée d'un fonds de commerce peut avoir lieu soit à la requête des créanciers inscrits, soit sur la demande des créanciers chirographaires ou du débiteur lui-même. M. BOUVIER-BANGILLON (op. cité), distingue trois modes de réalisation du fonds : la réalisation *directe*, la réalisation *indirecte* et la réalisation *abrégee*.

1^o *Réalisation directe* : Ce procédé d'expropriation est emprunté à une pratique jurisprudentielle suivie sous l'empire de la loi de 1898.

L'art. 16 dispose : « Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titre sous seing privé, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse. La demande est portée devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite ledit fonds, lequel statue comme il est dit aux § 5, 6, 7 et 8 de l'article précédent ». Le vendeur du fonds et les créanciers inscrits vont donc pouvoir réaliser le fonds, sans titre exécutoire et sans commandement préalable.

Ce droit de réalisation directe est également accordé aux créanciers chirographaires, mais seulement en vertu d'un titre exécutoire.

La compétence du tribunal de commerce, très controversée lors de l'élaboration de la loi, est cependant très logique en notre matière.

Les créanciers inscrits peuvent requérir la vente forcée du fonds malgré la faillite ou la liquidation judiciaire de l'acquéreur, car leurs droits restent intacts. En vertu de leur droit de suite sur le fonds, ils peuvent agir dans les mêmes formes contre tout tiers détenteur du fonds.

2° *Réalisation indirecte* : « Tout créancier, dit l'art. 15, alinéa 1, qui exerce des poursuites de saisie-exécution et le débiteur contre lequel elles sont exercées, peuvent demander devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent ». Ce droit de demander la réunion des éléments du fonds est reconnu par la loi aux créanciers inscrits (vendeur et créanciers nantis), aux créanciers chirographaires du débiteur ou à ceux de l'ancien propriétaire et au débiteur lui-même.

3° *Réalisation abrégée* : Ce mode de réalisation est réglé par l'art. 18 : « Le tribunal de commerce, saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce, peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds. Il statue dans les termes des § 5 et 6 de l'art. 15 ci-dessus et fixe le délai, après lequel, à défaut de paiement, la vente pourra être poursuivie. Les dispositions de l'art. 15, alinéa 8 et de l'art. 17 sont applicables à la vente ainsi ordonnée par le tribunal de commerce ».

En cas de réalisation directe, indirecte ou abrégée, la vente du fonds de commerce aura lieu suivant les mêmes formalités. Les dispositions de la loi de 1909 relatives à la procédure de cette vente aux enchères supposent évidemment l'existence d'un droit de suite sur le fonds, reconnu aux créanciers inscrits, car les

droits de ces créanciers vont être purgés par l'adjudication.

L'analogie est frappante avec la saisie-immobilière. Comme en matière de ventes d'immeubles il faut :

1^o *La rédaction d'un cahier des charges ;*

2^o *Une sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits.*

« Le poursuivant, dit l'art. 17, alinéa 1, fait sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication, si bon leur semble ». Une notification spéciale doit être adressée au vendeur du fonds, du chef de son action résolutoire.

Le droit de fournir des dires et observations n'appartient pas seulement aux personnes à qui une sommation doit être adressée, mais aussi aux créanciers chirographaires, car leur droit de suite va se trouver purgé, indépendamment de toute sommation. Ce droit de présenter des dires et observations est même reconnu à tout intéressé, comme en matière immobilière.

Que décider si un ou plusieurs créanciers inscrits n'ont pas reçu de sommation, conformément à l'art. 17 ? Dans le silence de la loi, nous devons appliquer les principes de la saisie-immobilière. En cas d'omission d'une inscription dans l'état délivré par le greffier du tribunal de commerce, le créancier omis et non sommé perd son droit de suite, et la purge produit ses effets, sauf la responsabilité du greffier envers le créancier. Si l'omission est due à la faute du créancier, la purge se produit et il ne peut rien réclamer. Si enfin

l'omission est due à une négligence du poursuivant, l'adjudication ne sera pas opposable aux créanciers non sommés. Ces derniers conserveront leurs privilèges et pourront faire valoir leur droit de suite contre l'adjudicataire.

La vente aura lieu au jour indiqué, mais ne peut intervenir que quinze jours après les sommations et au moins dix jours après l'apposition des affiches. La vente se fait alors aux enchères et suivant les formes ordinaires.

3^o *Des formalités de publicité* : Affiches et insertions dans les journaux, soit pour provoquer la présence d'acheteurs, soit pour porter les conditions de la vente à la connaissance de tous les intéressés. « La vente a lieu dix jours au moins après l'apposition d'affiches indiquant : les noms, professions, domiciles du poursuivant et du propriétaire du fonds, la décision en vertu de laquelle on agit, une élection de domicile dans le lieu où siège le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, les divers éléments constitutifs dudit fonds, la nature de ses opérations, sa situation, les mises à prix, le lieu, jour et heure de l'adjudication, les nom et domicile de l'officier public commis et dépositaire du cahier des charges.

Ces affiches sont obligatoirement apposées, à la diligence de l'officier public, à la porte principale de l'immeuble et de la mairie de la commune où le fonds est situé, du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds et de l'officier public commis.

L'affiche sera insérée, dix jours aussi avant la vente, dans un journal d'annonces légales du tribunal de commerce, et, à défaut, du tribunal de l'arrondissement où le fonds est situé.

La publicité sera constatée par une mention faite dans le procès-verbal de la vente ». (art. 17, alinéa 2, 3, 4 et 5).

Enfin l'art. 17, alinéa 6 règle la question des nullités et des dépens. « Il sera statué, dit ce texte, s'il y a lieu, sur les moyens de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication, et sur les dépens, par le président du tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds ; ces moyens devront être proposés, à peine de déchéance, huit jours au moins avant l'adjudication. Le § 8 de l'art. 15 est applicable à l'ordonnance rendue par le président ».

L'art. 19 de la loi nouvelle admet le principe de la folle enchère et son art. 21 consacre la prohibition de la surenchère, comme en cas de vente après surenchère du dixième.



SECTION DEUXIÈME

Droit de suite des créanciers chirographaires

Ayant examiné dans une première section les dispositions de la loi du 17 Mars 1909 qui ont trait au droit de suite du vendeur du fonds et des créanciers nantis, nous arrivons, avec la deuxième section de cette première partie, à la constatation d'une singularité de la loi encore plus dérogatoire, semble-t-il, aux principes du droit commun : la reconnaissance d'un droit de suite sur le fonds de commerce à de simples créanciers chirographaires.

La vente du fonds de commerce était de nature à causer un grave préjudice aux créanciers du vendeur. La transmission se réalisant sans publicité, le propriétaire pouvait aliéner son fonds, en toucher le prix, et frustrer ainsi ses créanciers, qui n'avaient pour toute ressource que l'action paulienne et les nullités en

matière de faillite. Pour remédier à cet inconvénient, la pratique s'était efforcée de porter à la connaissance des intéressés les cessions de fonds de commerce. Un usage s'était établi dans plusieurs villes, et notamment à Paris, dont le résultat était de donner un droit de suite aux créanciers chirographaires. M. THALLER nous dit en effet, dans son traité de droit commercial, n° 90 : « La vente a lieu sans publicité. Sitôt que l'acheteur aura versé son prix, les créanciers cesseront d'avoir le moyen de se faire rembourser (hormis les nullités de faillite ou le cas d'action paulienne qui exige la preuve d'une complicité de fraude). Le vendeur a trop souvent dilapidé la somme. Afin d'obvier à cette manœuvre, il s'était établi un usage sur les places les plus importantes de France et notamment à Paris. Il était admis que la vente, pour produire effet au respect des créanciers, devait être insérée dans un journal d'annonces, et que l'acheteur attendrait, à partir de cette publication, un certain délai (généralement de dix jours) avant de régler son prix. Ce délai était donné aux créanciers du cédant, afin de former opposition entre les mains de l'acquéreur, faute du quoi, celui-ci était exposé à payer deux fois. Bref on considérait les créanciers du fonds de commerce comme investis d'un véritable privilège sur ce fonds, quoiqu'ils vinssent au marc le franc les uns par rapport aux autres. Ce privilège leur donnait un droit de suite, susceptible de se purger par une notification de l'acheteur ».

La force obligatoire de cet usage était très contestée : reconnue sur certaines places, elle était bannie de plusieurs autres. On discutait même sur la légalité de cette pratique, qui conférait aux créanciers chirographaires un droit contraire aux principes admis jusqu'alors.

Plusieurs propositions de loi avaient été rejetées, mais en 1909 l'usage devient loi, et le législateur consacre expressément le droit de suite des créanciers chirographaires, en prescrivant la publicité de la vente, et en organisant une procédure de surenchère destinée à purger le droit de suite des créanciers de l'aliénateur.

CHAPITRE I^{er}

Publication des mutations de fonds de commerce

L'art. 3 de la loi de 1909 pose le principe de la publicité de la vente du fonds de commerce.

Ne confondons pas cette publicité avec celle exigée en matière immobilière, dont elle diffère par son but et son efficacité. La transcription requise par la loi du 23 Mars 1855 est une condition de l'opposabilité aux tiers de la transmission de propriété, et une condition préalable de la purge des hypothèques dont l'immeuble est grevé. La publicité de la vente du fonds de commerce, au contraire, n'est nullement requise pour assurer la transmission à l'égard des tiers ; elle est destinée uniquement à permettre la purge des créances chirographaires.

Normalement c'est à l'acquéreur qu'incombe la charge de faire publier la cession du fonds. A son défaut, le vendeur peut faire procéder à cette formalité, tout comme la transcription de la vente d'immeubles

qui, ordinairement demandée par l'acquéreur, peut l'être aussi par le vendeur pour sauvegarder son privilège.

« Toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement.

L'extrait ou avis contiendra la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion » (art. 3, alinéa 1, 2, 3). Aux termes de cet article la publication doit être faite dans la quinzaine de la date de la vente, et elle sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion. Or, dans la plupart des arrondissements, les journaux sont hebdomadaires : le second avis ne devant être renouvelé que huit jours après la première publication, il ne pourra être inséré dans le premier numéro du journal qui suivra la première publication, car l'intervalle serait de sept jours et non de huit. C'est donc seulement la deuxième semaine, c'est-à-dire le quatorzième jour qu'il sera possible de procéder à la deuxième insertion.

Le législateur a certainement dû se laisser influencer ici par les expressions admises couramment dans le langage. Dans sa pensée le deuxième avis devait pouvoir

être publié dans le premier ou le deuxième numéro du journal suivant celui de la première publication. On peut tirer argument, en ce sens, du rapport de M. CORDELET : « la publication sera renouvelée une seule fois du huitième au quinzième jour après la première insertion, pour tenir compte de la périodicité, le plus souvent hebdomadaire, des journaux d'arrondissement ».

Si la vente porte sur un fonds de commerce avec ses succursales, la publication doit être faite au siège principal et dans chacun des ressorts où se trouvent les succursales. L'art. 4 dispose en effet : « Si la vente ou cession d'un fonds de commerce comprend des succursales situées dans la France continentale, en Algérie ou dans les colonies, l'inscription et la publication prescrites par les art. 2 et 3 doivent être faites également dans chacun des ressorts où ces succursales ont leur siège. Le délai, qui est de quinzaine dans la France continentale est d'un mois en Corse et en Algérie, de trois mois dans les colonies.

La publication contiendra élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation de l'établissement principal et dans le ressort où se trouve la succursale, si celle-ci forme l'objet unique de la cession ».

La publication de la cession d'un fonds de commerce doit intervenir dans la quinzaine de l'acte de vente. L'acquéreur a intérêt de procéder au plus tôt à cette publication, car l'art. 3 in fine édicte contre lui une sanction rigoureuse pour le défaut de publicité : « L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers ». L'acquéreur est donc exposé à payer deux fois, s'il verse son prix avant les délais ou au mépris d'une opposition. On

lui conteste même le droit de compenser son prix d'achat avec une créance qu'il aurait contre le vendeur : C'est certain si sa créance est née postérieurement à la vente, et on semble aussi l'admettre au cas où sa créance serait antérieure, car l'art. 1.291 du Code civil prescrit comme condition de la compensation l'exigibilité des créances, or la créance du vendeur n'est exigible qu'après l'expiration des délais.

De son côté le vendeur est intéressé à ce que la publication intervienne dans un bref délai. Il ne peut en effet toucher son prix qu'après l'expiration des délais que fait courir la publication. L'art. 3, alinéa 4 décide « qu'aucun transport amiable ou judiciaire du prix ou ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans les délais ». Donc toute cession amiable du prix, ou tout transport résultant d'un jugement en validité de saisie-arrêt formée contre l'acquéreur, seront sans effet à l'égard des créanciers.

La Chambre de commerce de Paris avait demandé qu'on considérât comme d'ordre public la formalité de la publicité, et qu'il ne pût y être dérogé par convention expresse des parties. Or, comme le fait remarquer M. CORDELET : « La sanction très énergique du dernier paragraphe de l'art. 3 nous semble répondre suffisamment à la préoccupation de la Chambre de commerce. L'acquéreur qui croira pouvoir se dispenser de la publication le fera à ses risques et périls : tous les paiements qu'il effectuera entre les mains de son vendeur ne le libèreront pas à l'égard des créanciers de celui-ci : de même qu'il sera toujours exposé à être dépossédé, le délai de la surenchère du sixième, qu'autorise l'art. 5 ci-après, ne commençant à courir qu'à partir de la seconde publication. L'acquéreur ne pourra donc, sans imprudence

grave, se dispenser de la publication que s'il a certitude que le vendeur n'a pas de créanciers ou s'il a une confiance absolue en sa solvabilité ».

Notons en passant que la publicité requise par l'art. 3 est sans influence sur le transfert de propriété qui s'opère par le seul fait du consentement des parties, même à l'égard des tiers.

Remarquons aussi que si la mutation se fait sans prix, par échange ou partage sans soulte, l'acquéreur peut se dispenser de publier son acquisition, sans engager sa responsabilité, car il n'y a pas de prix sur lequel les créanciers puissent faire opposition.

La publicité de l'art. 3 poursuit un but différent de celui des art. 1, 2 et 10 en matière de vente et de nantissement du fonds. L'inscription au greffe est destinée à porter à la connaissance des tiers les privilèges du vendeur et des créanciers nantis. La publication dans les journaux a pour but de révéler la cession aux créanciers du cédant, et les inviter à faire opposition au paiement du prix.

Cette publication déjouera ainsi les fraudes auxquelles étaient exposés les créanciers d'un vendeur. Nous avons vu, en effet, qu'un commerçant pouvait céder son fonds et toucher le prix à l'insu de ses créanciers, privant ces derniers du gage sur lequel ils ont dû compter.

Les créanciers inscrits n'avaient pas à redouter cette fraude, car les paiements faits sans leur consentements ne leur étaient pas opposables. Mais il en était différemment des créanciers chirographaires, et « c'est uniquement en vue de sauvegarder les intérêts des créanciers chirographaires que l'art. 3 prescrit la publication des ventes des fonds de commerce dans un journal d'annonces légales » (Rapport CORDELET).

L'art. 3, alinéa 4 fixe la forme de l'opposition au paiement du prix et le délai accordé aux créanciers pour procéder à cette formalité : « Dans dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu, par simple acte extra judiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance, à peine de nullité ».

L'opposition peut donc être faite par acte extra judiciaire, mais une simple lettre ne suffirait pas ; il faut au moins un exploit d'huissier. L'opposition doit énoncer les causes et le chiffre de la créance, afin de permettre aux créanciers de se rendre compte s'ils ont intérêt à former la surenchère du sixième.

Une fois les délais expirés, s'il n'y a pas d'opposition, l'acquéreur peut payer son vendeur. Une opposition tardive n'autoriserait pas à demander la surenchère ; elle serait non avenue à l'égard des créanciers opposants.

A propos de l'art. 3, on peut se demander quelles mutations sont soumises à la publicité ? C'est à la vente qu'il faut songer en premier lieu, peu importe qu'elle soit volontaire ou forcée, sous condition suspensive ou résolutoire.

Que décider de la vente déguisée sous la forme d'un bail, appelée en pratique « location vente » ? La loi étant muette à ce sujet, la question est laissée à l'arbitraire des tribunaux. La jurisprudence antérieure à la loi de 1909 tendait à reconnaître à ce contrat son véritable caractère, c'est-à-dire celui d'une vente. De nos jours la jurisprudence doit persister dans cette voie et soumettre l'acquéreur à la publicité de l'art. 3. « Ce que la pratique appelle location vente, dit M. CORDELET, n'est autre chose qu'une vente sous condition suspensive ».

La publicité de l'art. 3 est également requise pour tout acte emportant mutation à titre onéreux de la propriété du fonds, et notamment pour l'apport d'un fonds de commerce à une société. L'art. 7 de la loi nouvelle s'exprime en ces termes : « Dans la quinzaine de la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce, tout créancier non inscrit de l'associé qui a fait l'apport fera connaître au greffe du tribunal de commerce où le dépôt de l'acte a eu lieu sa qualité de créancier et la somme qui lui est due. Il lui sera délivré par le greffier un récépissé de sa déclaration.

Si le fonds est apporté dans une société déjà formée, les créanciers non inscrits de l'associé auquel le fonds appartenait feront la déclaration au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds, dans la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport, effectuée en conformité de l'art. 3 ci-dessus. A défaut par les coassociés, ou l'un d'eux, de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié ».

L'apport d'un fonds de commerce en société est de nature à causer un préjudice aux créanciers. Les créanciers inscrits n'ont pas à redouter cette éventualité, car, en vertu de leur droit de suite, ils peuvent suivre le fonds entre les mains de la société. Rien de tel pour les créanciers chirographaires, et, comme le constate M. CORDELET : l'apport d'un fonds de commerce en société est plus dommageable pour les créanciers chirographaires qu'une vente qui comporte un prix sur lequel, du moins, ils peuvent exercer leurs droits ».

Il semblerait donc, d'après ce passage des travaux préparatoires, que l'apport d'un fonds de commerce à une société, est un moyen pour un commerçant de soustraire son actif à ses créanciers ? C'est très contestable si on remarque, avec M. BOUVIER-BANGILLON (op. cité), que les créanciers chirographaires ont, eux aussi, un droit de suite leur permettant de suivre le fonds entre les mains de la société. La purge de l'art. 5 est inapplicable par impossibilité de fonctionnement en raison de l'absence du prix.

Comme le mentionne très judicieusement mon professeur, c'est plutôt l'intérêt de la société que vise l'art. 7. Étant donné le droit de suite des créanciers chirographaires, ceux-ci peuvent à tout moment saisir le fonds, et amener la dissolution de la société. Ce danger est d'autant plus redoutable qu'il est occulte. Aucune publicité ne venant révéler à la société les créances chirographaires, la loi veut les porter à la connaissance des intéressés dans un bref délai. « Si les créanciers chirographaires ne se révèlent pas, ils seront considérés comme ayant renoncé à leur droit de suite et la société n'aura plus rien à craindre d'eux, S'ils se révèlent, les associés seront par là même mis en demeure de faire prononcer immédiatement la dissolution de la société. Si la dissolution est prononcée, la situation reviendra ce qu'elle était avant la mise du fonds de commerce en société : les créanciers de l'apporteur pourront saisir le fonds, non sur la société qui n'existera plus, mais sur l'apporteur, leur débiteur. Si la dissolution n'est pas prononcée, la société, d'après l'art. 7 « sera tenue solidaiement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. » (M. BOUVIER-BANGILLON, op. cité, n° 179).

L'art. 7 prévoit deux hypothèses dans lesquelles la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce est exigée. Si l'apport est fait à une société nouvelle qui se constitue, la publicité requise est celle organisée par la loi du 24 Juillet 1867. Si l'apport est fait à une société déjà constituée, la publicité se fera conformément à l'art. 3 de la loi de 1909.

La loi cite encore, comme soumise à la publicité de l'art. 3 « toute attribution du fonds de commerce par partage ou licitation ». Cette solution paraît logique au cas de licitation au profit d'un étranger, car il y a vente en réalité, et les créanciers des anciens propriétaires conservent leur droit de suite, et pourront faire opposition entre les mains de l'acquéreur. Mais des doutes sérieux s'élèvent en cas de partage avec soulte (bien que la soulte soit un prix de vente partiel), et en cas de licitation au profit d'un communiste, en raison de l'art. 883 du Code civil qui pose le principe de l'effet déclaratif du partage. — Il n'est pas de la sphère de notre étude d'approfondir ces difficultés. Constatons seulement que la publicité est sans utilité si le partage a lieu sans soulte, car il n'y a pas de prix sur lequel les créanciers puissent faire opposition.

Il faut également décider que sont dispensées de publicité toutes les mutations qui ne comportent pas de prix, par exemple, celles à titre gratuit telles que la donation, le legs, l'échange ou l'acquisition par succession.

Cette constatation nous amène à refuser aux acquéreurs à titre gratuit, donataires ou légataires, la faculté de purger les créances chirographaires qui peuvent grever le fonds. En matière hypothécaire, au contraire, et même au cas de créances inscrites sur le fonds de commerce, les acquéreurs à titre gratuit peuvent purger, car dans leurs notifications à fin de purge ils offrent

une somme représentative de la valeur de l'immeuble ou du fonds. Or la purge des créances chirographaires ne donnant pas lieu à des notifications à fin de purge, il faut un prix sur lequel les créanciers puissent faire opposition.

CHAPITRE II

Surenchère du sixième

Lorsqu'après une cession du fonds de commerce, les créanciers chirographaires n'ont pas fait opposition au paiement du prix dans les délais voulus, il y a, de leur part, renonciation tacite à leur droit de suite : Différence avec les créanciers inscrits, qui peuvent méconnaître tout versement du prix fait à leur détriment, en dehors de toute opposition.

Cette solution concernant les créanciers chirographaires est également admise en droit maritime par l'art. 193, alinéa 2 du Code de commerce : à défaut d'opposition, les créanciers perdent leur droit de suite sur le navire.

Si les créanciers chirographaires ont fait opposition, ils ont alors une option à exercer; le prix leur paraît-il sensiblement équivalent à la valeur du fonds, ou suffisamment élevé pour désintéresser les créanciers inscrits et les créanciers opposants ? Ils garderont le silence :

leur droit de suite sera transporté sur le prix et les créances chirographaires seront purgées. — Le prix leur paraît-il insuffisant? La loi permet alors aux créanciers de former une surenchère, afin de sauvegarder leurs intérêts en prévenant une fraude qui intervenait fréquemment à l'occasion de la vente des fonds de commerce.

Le vendeur dissimulait ordinairement une partie du prix de vente pour la soustraire à l'action des créanciers. Le prix déclaré était souvent inférieur au prix réel, le surplus étant payé comptant. — Le droit commun ne remédiait à cette fraude que d'une façon très insuffisante; les seuls moyens qu'il offrait étaient l'action paulienne et les nullités en matière de faillite. Or l'art. 1.167 du Code civil exige, comme condition de l'action paulienne la complicité frauduleuse de l'acheteur et du vendeur: le résultat était donc très incertain, et supposait des lenteurs et des frais considérables. — Si la vente est intervenue dans la période suspecte qui précède le jugement déclaratif de faillite, les créanciers ont la ressource d'en demander l'annulation, à condition toutefois que l'acheteur ait eu connaissance de la cessation des paiements. (Art. 447 du Code de commerce).

M. GERVAIS dans une proposition de loi de 1902, avait déjà accordé un droit de surenchère aux créanciers du vendeur, comme remède efficace contre les dissimulations de prix. La loi de 1909 devait adopter ces conclusions, en organisant, dans son art. 5, une procédure de purge et de surenchère. Désormais les créanciers chirographaires étaient à l'abri des dissimulations et des ventes à vil prix.

Pour trop protéger les intérêts des créanciers, il ne fallait cependant pas sacrifier l'acheteur. « L'acquéreur, dit M. CORDELET, ne doit pouvoir être dépossédé qu'à si les créanciers y ont un intérêt sérieux, et pour cela il

faut exiger du créancier, qui veut provoquer la revente de l'immeuble, une surenchère d'une certaine importance qui paraît pouvoir être fixée au sixième du prix principal. Il faut, pour garantir l'exécution de son engagement, obliger le créancier surenchérisseur à donner caution. Il faut, enfin, à défaut d'enchère sur la mise à prix ainsi fixée, le déclarer adjudicataire. »

Cette purge des créances chirographaires, à la différence de la purge du droit commun, a un caractère obligatoire.

En matière immobilière, en effet, il dépend de l'acquéreur de purger son immeuble des hypothèques qui le grèvent. Il peut, à son gré, adresser des notifications à fin de purge aux créanciers inscrits, les mettant ainsi en demeure de surenchérir ou de voir leur droit de suite transporté sur le prix. La purge des créances chirographaires, au contraire, est imposée à l'acheteur : la loi oblige l'acquéreur à publier son contrat de vente, et les créanciers doivent surenchérir, en cas d'insuffisance du prix, ou accepter la purge de leurs créances. Cette différence se retrouve, du reste, avec la purge des créances inscrites sur le fonds de commerce, purge qui est facultative pour l'acquéreur, comme nous l'avons vu supra.

On peut encore relever une particularité de la purge des créances chirographaires à propos des conditions requises pour pouvoir purger. De droit commun, lorsque l'acquéreur est tenu personnellement de la dette envers le créancier, et à un titre quelconque, la purge lui est interdite, car ce serait imposer aux créanciers, soit un paiement partiel, si l'immeuble est hypothéqué au delà de sa valeur, soit un paiement anticipé, si la créance est à terme. Il en est différemment pour la purge des créanciers chirographaires. Ces créanciers

n'ont pas un droit créé directement sur le fonds de commerce, et ils ne peuvent agir sur ce fonds qu'en vertu de leur droit de gage général. D'ailleurs l'art. 3 oblige tout acheteur, sans distinction, à publier son acte de vente, or la publication est la formalité préalable de la purge.

Ce droit de surenchère reconnu aux simples créanciers chirographaires a été l'objet de vives controverses lors de l'élaboration de la loi. M. LEGRAND résista énergiquement, faisant remarquer qu'on aboutissait ainsi à reconnaître un droit de suite à des créanciers chirographaires, innovation tout à fait exceptionnelle dans notre droit, tant en matière mobilière qu'en matière immobilière : l'acquéreur de toute valeur mobilière autre que le fonds de commerce n'a pas à craindre une surenchère, et, pour les immeubles, seuls les créanciers inscrits ont le droit de surenchérir. Sans doute des fraudes sont à redouter, mais elles le sont autant à l'occasion de la vente de tout autre effet mobilier.

On peut répondre à ces objections qu'évidemment cette surenchère est exceptionnelle, mais elle était indispensable pour la vente des fonds de commerce, en raison de la fréquence des fraudes. Selon M. CORDELET : « il n'y a aucune analogie à établir entre la vente d'un objet particulier, de meubles, par exemple, quelle que soit leur valeur, et la vente d'un fonds de commerce qui forme le plus souvent tout le patrimoine du commerçant ».

M. LEGRAND reproche encore à cette surenchère de porter atteinte aux droits du vendeur, de l'acquéreur, des créanciers, et d'entraver la liberté du commerce.

Un vendeur, par exemple, peut céder son fonds, à un ami ou parent, à des conditions avantageuses en raison de la personnalité de l'acquéreur. Et, parce que

ce commerçant a quelques dettes, l'acheteur va se voir évincer par la surenchère d'un créancier qui offrira un sixième en plus du prix du fonds.

Pour l'acquéreur ce droit de surenchère est encore plus préjudiciable, car il ne sera jamais sûr de rester propriétaire du fonds acheté, alors qu'il aura peut-être abandonné sa situation, déplacé son mobilier, réalisé des valeurs...

A l'objection formulée par M. LEGRAND en faveur du vendeur, on peut répondre que si le commerçant est au-dessus de ses affaires, il n'aura pas à redouter la surenchère des créanciers chirographaires. Les créanciers du vendeur ne feront, en effet, opposition que s'ils y ont intérêt, c'est-à-dire si leur débiteur est insolvable et si la cession du fonds à des conditions avantageuses pour l'acheteur est de nature à leur préjudicier.

Quant à l'acheteur, la période d'incertitude où il sera de rester propriétaire est nécessairement très brève, et jusque là il devra s'abstenir de réaliser ses biens, de déplacer son mobilier... « Si l'acquéreur veut y mettre de la diligence, dit M. CORDELET dans son rapport, cette période d'incertitude durera trente jours et voici comment. La vente doit être publiée dans un journal d'annonces légales dans la quinzaine, mais rien n'empêche l'acquéreur de le faire dès le lendemain même de son contrat. La seconde insertion doit être du huitième au quinzième jour, mais rien n'empêche l'acquéreur de le faire dès le huitième jour. Cela ne représente qu'un délai de dix jours auquel il faut ajouter dix jours pour la survenance des oppositions et dix jours pour la surenchère. Le délai, en réalité, quand l'acquéreur le voudra bien, pourra être non pas de soixante jours, mais de trente jours ».

Par ces discussions des travaux préparatoires, nous avons pu nous rendre compte que la surenchère du sixième, quoiqu'exceptionnelle dans notre droit, se justifie cependant par des considérations très légitimes. L'usage adopté sur certaines places de publier les ventes de fonds de commerce avait bien pour résultat de donner aux créanciers chirographaires un droit de suite sur le fonds, mais ce droit était souvent illusoire puisque les créanciers devaient se contenter du prix déclaré et n'avaient, comme remède contre les dissimulations de prix, que les ressources insuffisantes du droit commun. Une procédure de purge des créances chirographaires s'imposait : la loi de 1909 l'organise dans son art. 5.

« Pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, une expédition ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenu, au domicile élu, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement.

Pendant le même délai, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de dix jours, fixé par l'article précédent, peut prendre, au domicile élu, communication de l'acte de vente et des oppositions, et, si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui ce sont révélés par des oppositions au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, former en se conformant aux prescriptions de l'art. 23 ci-après, une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce non compris le matériel et les marchandises » (art. 5, alinéa 1 et 2).

Bien que créé spécialement pour les créanciers chirographaires, cette surenchère peut néanmoins être formée par les créanciers inscrits, car ces derniers ont certainement autant de droits que les créanciers

chirographaires. Mais ce droit, pour les créanciers inscrits, est d'une utilité très restreinte, la loi de 1909 leur accordant une surenchère qui est bien moins onéreuse, dont le taux est du dixième, au lieu du sixième.

L'art. 5 suppose que la vente du fonds a été publiée conformément à l'art. 3 et que la publication a été renouvelée du huitième au quinzième jour. A dater de cette deuxième insertion les créanciers ont, d'une part, un délai de dix jours pour faire opposition au paiement du prix (art. 3, alinéa 4) et, d'autre part, un délai de vingt jours pour prendre connaissance de l'acte de vente et des oppositions. A l'expiration du premier délai tous les créanciers sont connus, et il sera facile d'apprécier si le prix est suffisant pour les désintéresser tous.

Il n'y a pas de notifications à fin de purge à adresser aux créanciers, mais, comme pour la purge des créances inscrites, les créanciers chirographaires ont un droit d'option :

S'ils jugent que le prix offert est suffisant ou que la vente aux enchères ne doive pas leur procurer un avantage, ils garderont le silence pendant le délai qui leur est donné pour surenchérir. Le prix est alors fixé définitivement, et les créanciers chirographaires ne peuvent plus rien prétendre sur le fonds, leur droit de suite étant désormais reporté sur le prix.

Notons, à ce sujet, que les créances chirographaires vont se trouver purgées au cas de purge des créances inscrites à défaut de surenchère du dixième : Si les créanciers inscrits acceptent le prix qui leur est offert, leur droit de suite se transporte sur le prix ; le fonds est degrevé des créances inscrites et aussi des créances chirographaires, car le droit de suite des créanciers chirographaires ne peut être plus résistant que celui des créanciers inscrits.

Si « le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui se sont révélés par des oppositions au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion... » chaque créancier a le droit de requérir la mise aux enchères du fonds, à la condition d'offrir de porter le prix principal à un sixième en sus. Cette réquisition de mise aux enchères doit avoir lieu dans les dix jours qui restent du délai de vingt jours. Le taux de la surenchère est d'un sixième en sus du prix stipulé, et, comme pour la surenchère du dixième des créanciers inscrits, on ne comprend que le prix des éléments incorporels du fonds, non celui du matériel ou des marchandises.

Il importe de ne pas confondre cette surenchère du sixième des créanciers chirographaires avec celle du sixième en matière immobilière : cette dernière intervient seulement à la suite d'expropriation forcée, tandis que la vente en justice des fonds de commerce exclut la faculté de surenchérir, car elle opère purge par elle-même.

La loi de 1909 a sans doute adopté le chiffre du sixième pour rendre plus rare cette surenchère, et aussi pour la différencier de la surenchère du dixième accordée aux créanciers inscrits.

Lors de la discussion de la loi de 1909, M. LEGRAND avait vivement critiqué le droit de surenchère des créanciers chirographaires, et surtout lorsque la vente du fonds avait été faite sur adjudication publique et notariée ou avait eu lieu en justice. « Dans tous ces cas, dit M. LEGRAND, la vente a eu lieu aux enchères publiques devant un notaire et après une publicité qui a pu avertir les intéressés. Malgré cela, aucune exception n'est prévue dans le texte et le droit de surenchère existe aussi bien dans ces cas que si la vente est

intervenue amiablement, par suite d'un contrat direct entre le vendeur et le créancier. Est-ce raisonnable ? »

Cette critique très juste devait déterminer le législateur de 1909 à refuser aux créanciers le droit de surenchère dans toutes les ventes judiciaires. « La surenchère du sixième n'est pas admise après la vente judiciaire d'un fonds de commerce ou la vente poursuivie à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateurs et d'administrateurs judiciaires, ou de copropriétaires indivis du fonds, faites aux enchères publiques et conformément à l'art. 17 de la présente loi » (art. 5, alinéa 3). Ce texte est ainsi en harmonie avec l'art. 21 qui exclut la surenchère du dixième dans les mêmes conditions. Désormais les ventes judiciaires qui purgeront les créances chirographaires purgeront les créances inscrites et inversement.

Cette exclusion de la surenchère du sixième dans les ventes judiciaires est, du reste, très légitime, et se justifie par le but poursuivi par le législateur : on a voulu remédier à la fraude résultant pour les créanciers de la dissimulation d'une partie du prix, or de semblables dissimulations ne peuvent évidemment se produire dans les ventes publiques.

Done, d'après la loi de 1909, toute vente judiciaire d'un fonds de commerce opère purge par elle-même, sans distinguer qu'elle soit volontaire ou forcée. Cette constatation permet de relever une différence avec le droit maritime. D'après l'art. 193, alinéa 2 du Code de commerce, le droit de suite des créanciers privilégiés et chirographaires sur le navire s'éteint « par la vente en justice faites dans les formes établies par le titre suivant », et le titre suivant vise le cas de vente forcée du navire. C'est donc la vente sur saisie qui purge, comme du reste en matière immobilière ou l'adjudication

sur saisie a pour effet de purger l'immeuble des privilèges et hypothèques.

Le Code de commerce visant expressément la vente du navire faite après saisie, des doutes très sérieux peuvent s'élever pour la vente judiciaire en dehors de toute saisie. Comme le remarquent LYON-CAEN et RENAULT dans leur traité de droit commercial (tome VI, nos 1.483 1.484) « Ne faut-il pas appliquer la disposition de l'art. 193, alinéa 2 du Code de commerce à d'autres ventes ordonnées par justice, telles que les ventes faites par un tuteur au début de la tutelle, en vertu de l'art. 452 du Code civil, par un héritier bénéficiaire, par le curateur d'une succession vacante (art. 805 et 814 du Code civil), par le syndic d'une faillite, enfin aux ventes sur licitation opérées en vertu de l'art. 220 du Code de commerce quand les propriétaires ne s'entendent pas pour faire une licitation amiable ? » Grâce à la loi de 1909, la question ne soulève aucune difficulté pour le fonds de commerce.

Le droit de requérir la mise aux enchères appartient à tout créancier qui a fait opposition dans les délais, et aussi aux créanciers inscrits. Il suffit que le créancier surenchérisseur soit capable de s'obliger car il s'expose à rester adjudicataire.

Quant aux formes de la surenchère, l'art. 5, alinéa 2 se contente de renvoyer à l'art. 23 qui règle la surenchère du dixième. Tout créancier qui requiert la mise aux enchères doit donc fournir caution pour le paiement du prix et charges ou justifier de solvabilité suffisante. Il doit en outre signifier sa réquisition à l'acquéreur et au débiteur précédent propriétaire. A dater de la signification de la surenchère, l'acquéreur devient un simple administrateur, et perd ses pouvoirs de disposition sur le fonds. Un administrateur sequestre pourra

être nommé par le tribunal de commerce ou le juge des référés sur la demande de l'acquéreur ou de tout créancier. Le surenchérisseur ne peut se désister que du consentement de tous les créanciers.

L'art. 5 alinéa 4 édicte une prescription spéciale dans le but de prévenir les créanciers contre les risques d'insolvabilité de l'enchérisseur. « L'officier public commis pour procéder à la vente devra n'admettre à enchérir que des personnes dont la solvabilité lui sera connue, ou qui auront déposé soit entre ses mains, soit à la caisse des dépôts et consignations, avec affectation spéciale au paiement du prix, une somme qui ne pourra être inférieure à la moitié du prix total de la première vente ni à la portion du prix de la dite vente stipulée payable comptant, augmentée de la surenchère. »

M. CORDELET mentionne dans son rapport que cette disposition de l'art. 5 s'applique à l'acquéreur surenchéri qui mettrait des enchères, comme à tout autre enchérisseur.

Faut-il appliquer la même solution au créancier surenchérisseur qui, à la suite d'enchères, veut porter une nouvelle enchère? Ce créancier, comme premier enchérisseur, est soumis à l'art. 23, alinéa 1 et a dû donner caution ou justifier de solvabilité suffisante. Comme nouvel enchérisseur faut-il alors lui appliquer l'art. 5, alinéa 4? On peut en douter: Sans doute l'art. 5 s'applique à tout enchérisseur sans distinction et il paraît juste d'exiger de nouvelles garanties de solvabilité de la part d'un enchérisseur dont l'obligation a augmenté. Mais on peut objecter que M. CORDELET admet l'art. 5 « pour garantir l'exécution des conditions de l'adjudication lorsque l'adjudicataire est un autre que le surenchérisseur qui a dû donner caution ou justifier de solvabilité suffisante. » D'ailleurs la surenchère n'est

qu'une enchère, et les garanties exigées par l'art. 23 sont suffisantes.

Il faut noter que la somme à déposer par l'enchérisseur « ne peut être inférieure à la moitié du prix total de la première vente » c'est-à-dire la moitié du prix total du fonds, en y comprenant le prix du matériel et des marchandises.

Enfin s'il n'y a pas d'enchères, le créancier surenchérisseur est déclaré adjudicataire du fonds.

« L'adjudication sur surenchère du sixième aura lieu aux mêmes conditions et délais que la vente sur laquelle la surenchère est intervenue. » (art 5, alinéa 5). L'adjudicataire, quelqu'il soit, aura donc pour payer son prix d'adjudication les délais que le vendeur avait accordés à l'acquéreur primitif. Cette différence avec la purge des créances inscrites s'explique par cette idée que cette dernière est facultative pour l'acquéreur, tandis que la publicité de l'art. 3. est obligatoire.

Enfin l'art. 5, alinéa 6, règle le cas où l'adjudicataire est un autre que l'acquéreur surenchéri : « Si l'acquéreur surenchéri est dépossédé par suite de la surenchère, il devra, sous sa responsabilité, remettre les oppositions formées entre ses mains à l'adjudicataire, sur récépissé, dans la huitaine de l'adjudication, s'il ne les a pas fait connaître antérieurement par mention insérée au cahier des charges ; l'effet de ces oppositions sera reporté sur le prix de l'adjudication. »

Pour tous les autres effets de l'adjudication sur surenchère, il suffit de nous reporter à ce qui a été dit supra à propos de la surenchère du dixième, et distinguer suivant que l'acquéreur surenchéri se porte adjudicataire, auquel cas son titre d'acquisition est consolidé rétroactivement, et selon que l'adjudication est prononcée au

profit d'un tiers, dont le résultat est de résoudre le titre de l'acquéreur surenchéri.

L'adjudication sur surenchère du sixième a pour conséquence de purger les créances chirographaires et aussi les créances inscrites, comme, du reste, l'adjudication sur surenchère du dixième qui purge non seulement les créances inscrites mais aussi les créances chirographaires.

Nous avons vu que les créanciers inscrits pouvaient former la surenchère du sixième. On serait alors tenté de croire que la surenchère du dixième est sans application. Ce serait une erreur, car l'une pourra parfaitement être possible, tandis que l'autre sera écartée. — Remarquons en effet que toute acquisition de fonds de commerce n'est pas sujette à la publicité de l'art. 3, or cette publicité est la formalité indispensable de la purge des créances chirographaires. — D'autre part, même en supposant que la publicité de l'art. 3 ait eu lieu, le défaut d'opposition ou le défaut de surenchère du sixième purge bien les créances chirographaires mais non les créances inscrites : Le droit de suite des créanciers inscrits reste intact et il faudra recourir à la purge des créances inscrites.

Cette étude des deux purges organisées par la loi de 1909 nous permet d'établir une comparaison intéressante entre elles. Sans nous attarder sur la différence de taux, sur les formalités de la purge et les acquisitions ne pouvant être suivies de surenchères, qui sont les mêmes à cela près que toute vente du fonds, même forcée, doit être publiée conformément à l'art. 3, comme préliminaire de la purge des créances chirographaires, nous remarquons que la purge des créances inscrites dépend de la volonté de l'acquéreur, alors que celle des créances chirographaires est obligatoire pour l'acheteur,

même si ce dernier est obligé à la dette (ce qui est contraire au droit commun).

A la différence de la purge des créances inscrites et de celle du droit commun, qui peuvent avoir lieu à la suite de toute acquisition à titre onéreux ou gratuit, la purge des créances chirographaires est impossible pour l'acquéreur à titre gratuit, car la publicité, qui constitue la base de cette purge, n'est pas exigée. — Les créanciers inscrits, ayant autant de droits que les créanciers chirographaires, pourront former la surenchère du sixième, mais ce droit est plutôt théorique pour eux, la surenchère du dixième étant plus avantageuse.

Notons enfin que le défaut de surenchère du dixième et l'adjudication sur surenchère du dixième purgent, non seulement les créances inscrites, mais aussi les créances chirographaires, car le droit de suite des créanciers chirographaires ne peut être plus résistant que celui des créanciers inscrits.

R É S U M É

De cet exposé il résulte clairement que le législateur de 1909 a consacré l'existence d'un droit de suite sur le fonds de commerce : disposition évidemment exceptionnelle dans notre droit, en raison de la nature mobilière du fonds de commerce, mais qu'il est impossible de nier en constatant les prérogatives reconnues, d'une part, au vendeur du fonds et aux créanciers nantis, d'autre part, aux créanciers chirographaires. C'est surtout remarquable pour les créanciers chirographaires, car, de droit commun, le droit de suite leur est refusé, tant sur

les meubles que sur les immeubles. Depuis la loi de 1909 ils pourront se prévaloir de ce droit sur le fonds de commerce : c'est la solution qui découle nécessairement des prescriptions de la loi nouvelle relatives à la publicité exigée à l'occasion de toute cession du fonds, au droit des créanciers de faire opposition au paiement du prix, à l'organisation d'une procédure de purge comme correctif du droit de suite des créances chirographaires.



Deuxième Partie

Conciliation avec le droit commun du droit de suite sur le fonds de commerce

Nous avons montré, dans notre première partie, que le fonds de commerce, nonobstant sa nature mobilière, pouvait être l'objet d'un véritable droit de suite, tant du chef du vendeur du fonds que du chef des créanciers nantis et des créanciers chirographaires. A ce double point de vue la dérogation aux principes généraux est frappante :

1° : De droit commun, en effet, le vendeur de meubles a sur sa chose vendue un privilège qui lui est formellement reconnu par l'art. 2.102, 4° du Code civil.

Ce privilège avait rarement l'occasion de se manifester dans les législations anciennes, en raison de ce que la propriété de la chose vendue n'était transférée

à l'acheteur que par le paiement du prix. « *Venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur quam si is pretium solverit* » (Institutes, liv. II, tit. I, n° 41). A défaut de paiement du prix, le vendeur restait donc propriétaire et pouvait revendiquer, sauf toutefois en cas de vente à terme.

Notre très ancien droit français s'en tient aux solutions romaines, et distingue selon que la vente est intervenue au comptant ou à terme. Dans le premier cas, le vendeur est resté propriétaire et peut intenter la revendication ; dans le second cas, la propriété a été transférée à l'acquéreur et le vendeur se trouve réduit à l'action personnelle d'un créancier ordinaire. Le vendeur à terme, en l'absence de toute protection légale, dût s'ingénier à s'assurer les avantages de la vente sans terme.

Au xvi^e siècle s'introduisit l'usage de livrer la chose à titre de précaire, de façon à faire une tradition qui ne fût point translatrice de propriété. Le vendeur à terme restait ainsi propriétaire jusqu'au paiement du prix, et, comme le vendeur au comptant, pouvait revendiquer et reprendre son bien. Désormais la protection du vendeur était indépendante de l'existence ou de l'absence d'un terme.

En 1850, lors de la réformation des coutumes, un nouvel article fut ajouté à la coutume de Paris, précisant les droits du vendeur impayé. Art. 177 : « Encore qu'il (le vendeur) eut donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par un autre créancier, il peut *empescher* la vente, et *est préféré sur la chose* aux autres créanciers ». D'après ce texte, le vendeur à terme a donc, d'une part, un droit de préférence sur la chose vendue, et, d'autre part, le droit d'empêcher la vente. c'est-à-dire la faculté de reprendre son bien en nature,

autrement dit le droit de revendiquer sa chose, mais seulement si elle se trouve encore entre les mains du débiteur. Cette revendication ne conférait aucun droit de suite contre les tiers acquéreurs de bonne foi : c'était un simple privilège assurant au vendeur le paiement de son prix.

Le privilège du vendeur de meubles devait se maintenir et passer dans notre Code civil : l'art. 2.102 4^o le mentionne expressément. Mais, à la différence de ce qui se passe en matière immobilière, le privilège reconnu au vendeur d'effets mobiliers par l'art. 2.102 4^o se réduit à un simple droit de préférence sur la chose vendue. Pas de droit de suite, car ce privilège ne peut être exercé que si les effets « *sont encore en la possession du débiteur* ». C'est d'ailleurs l'application du principe que les privilèges sur les meubles ne comportent pas de droit de suite, sauf l'exception du bailleur d'immeubles sur les meubles garnissant les lieux loués. « Le tiers acheteur d'un meuble, dit LAURENT (traité de droit civil, tome 29, n^o 478), est à l'abri de la revendication du propriétaire en vertu de la maxime qu'en fait de meubles la possession vaut titre ; il doit, à plus forte raison, être garanti contre l'action qu'un créancier voudrait exercer contre lui pour faire valoir un simple droit réel tel qu'un privilège ».

En ce qui concerne le fonds de commerce, au contraire, nous avons vu le vendeur armé d'un véritable droit de suite, lui permettant de suivre son bien en quelques mains qu'il passe, et de le revendiquer contre tout tiers détenteur, malgré l'art. 2.279 du Code civil « *En fait de meubles possession vaut titre* ».

2^o : Une dérogation non moins évidente de la loi du 17 Mars 1909, est le droit de suite des créanciers nantis sur le fonds de commerce, conséquence de ce

que le nantissement des fonds de commerce est, en réalité, une hypothèque mobilière, comme nous l'avons déjà constaté supra.

Sans doute le législateur ne dit pas qu'il institue une hypothèque mobilière, il veut faire *un gage sans dépossession*, un gage dont la mise en possession du créancier serait fictive, symbolique. Or le contrat de gage ou de nantissement n'existe que si la chose, qui en est l'objet, est remise effectivement en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. — Les termes « gages sans dépossession » se contredisent, car il est de l'essence même du gage de nécessiter la dépossession du débiteur.

C'est, du reste, l'avis de POTHIER (Traité du contrat de nantissement) : « Le nantissement diffère de l'hypothèque, dit-il, en ce que le nantissement se fait par la tradition de la chose qui est remise entre les mains du créancier, au lieu que l'hypothèque est un droit que le créancier acquiert dans les biens de son débiteur qui en sont susceptibles, sans que son débiteur lui en fasse aucune tradition... Il est de l'essence de ce contrat qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose, à moins qu'elle ne se trouvât déjà par devers le créancier à un autre titre, puta, de prêt ou de dépôt : en ce cas, étant impossible de faire à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déjà par devers lui, le contrat de nantissement se fait en convenant que la chose que le créancier a déjà par devers lui à titre de prêt ou de dépôt lui demeure dorénavant à titre de nantissement... Hors ce cas, le contrat de nantissement ne peut se faire absolument sans une tradition réelle de la chose qui est donnée en nantissement ». Il en est certainement de même aujourd'hui en raison des art. 2.071 et 2.076 du Code civil.

Dans ces conditions le nantissement des fonds de commerce ne peut être qualifié de gage, car pas de gage sans dépossession réelle. De nos jours, il est donc impossible de nier qu'on soit en présence d'une véritable hypothèque mobilière, avec droit de suite et de préférence. Déjà avant 1909, nombre d'auteurs le décidaient et notamment LYON-CAEN et RENAULT, PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE, DE LOYNES..., mais on refusait le droit de suite aux créanciers nantis. Actuellement plus de doute ; la loi conserve le terme de nantissement, mais personne ne se fait illusion, c'est une hypothèque mobilière avec tous ses attributs. M. CORDELET l'affirme expressément dans son rapport et tous les auteurs l'admettent sans difficulté. « En réalité, dit M. CORDELET, la loi du 17 Mars 1909, organise, par dérogation à l'art. 2.118 du Code civil une véritable hypothèque mobilière. D'une part, en effet, le créancier prétendu « gagiste » a un droit de préférence et un droit de suite sur le fonds ; son rang est déterminé par la date d'inscription de son privilège sur le registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ; d'autre part le tiers acquéreur a la faculté de purger son fonds des privilèges inscrits. Enfin, et c'est là le point essentiel, le débiteur conserve, comme cela a lieu en matière d'hypothèque sur les immeubles, la possession du fonds, tandis qu'en cas de nantissement le constituant doit se dessaisir du gage ».

On serait tenté de croire que cette discussion sur la nature du nantissement des fonds de commerce n'est pas une simple question de mots. En effet, si nous admettons que le nantissement des fonds de commerce, improprement qualifié par la loi, est en somme une véritable hypothèque mobilière, cette constatation semblerait avoir une conséquence pratique. L'art. 939 du

Code civil décide que : « lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation... devra être faite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés ». Si donc le nantissement organisé par la loi de 1909 est une hypothèque, la donation d'un fonds de commerce devra être transcrite au bureau des hypothèques, comme donation de bien susceptible d'hypothèque. Si, au contraire, on refuse à ce nantissement le caractère d'hypothèque mobilière, la transcription ne sera pas requise en cas de donation du fonds de commerce.

En réalité, quelque soit la nature du nantissement des fonds de commerce, la formalité édictée par l'art. 939 du Code civil est inapplicable. Il faut en effet nous souvenir que nous sommes en matière spéciale. Si on devait se référer à l'art. 939 nous aboutirions à une différence injustifiable entre la donation et la vente du fonds de commerce. La publicité requise pour la vente étant une inscription au greffe du tribunal de commerce où le fonds est exploité, on ne peut exiger la transcription au bureau des hypothèques pour la donation, et se contenter pour la vente du fonds d'une simple inscription au greffe du tribunal de commerce.

Cette constatation, que le fonds de commerce est susceptible d'hypothèque, est évidemment dérogatoire au droit commun. De par leur nature les meubles ne peuvent être grevés d'hypothèques : c'est consacré expressément par les art. 2.118 et 2.119 du Code civil qui excluent l'hypothèque mobilière de notre droit. « *Meubles n'ont pas de suite par hypothèques* » est depuis longtemps un principe incontestable. Bien plus dérogatoire encore est le droit de suite des créanciers

chirographaires ; mais nous y reviendrons plus spécialement.

Ainsi l'antithèse est absolue entre les fonds de commerce, d'une part, et les autres meubles, d'autre part. La loi de 1909 consacre l'existence d'un droit de suite sur le fonds de commerce, alors que notre Code l'exclut formellement en matière mobilière.

Sans doute le droit de propriété confère les droits les plus complets qu'on puisse avoir sur une chose, et la revendication constitue une sanction très énergique, en permettant au propriétaire de réclamer son bien contre tout tiers détenteur. Ce principe cesse cependant d'être exact en matière mobilière : la revendication du propriétaire échouera si le tiers possède le meuble de bonne foi (art. 2.279 du Code civil). Le possesseur de bonne foi d'un meuble ne peut être dépouillé, même si le propriétaire parvenait à faire la preuve la plus manifeste de son droit. La loi déclare qu' « *en fait de meubles possession vaut titre* », mettant ainsi obstacle au droit de suite du propriétaire, non par pur caprice, mais pour obéir à des considérations très équitables.

De même, tant qu'un meuble reste en la possession du débiteur, il se trouve soumis au droit de gage général des créanciers. Mais que ce meuble vienne à passer en d'autres mains, le droit des créanciers s'évanouit : ceux-ci ne pourront prétendre à aucun titre sur ce meuble, et inquiéter le détenteur actuel, car, chez nous, les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, et, le seraient-ils, le droit de suite des créanciers serait absolument inefficace en vertu de l'art. 2.279 du Code civil.

Ces solutions peuvent se résumer dans la maxime « *Meubles n'ont pas de suite* », maxime d'origine coutumière, encore en vigueur dans notre Code civil.

Pourquoi le législateur de 1909 s'est-il ainsi écarté des principes généraux ? Pourquoi reconnaître un véritable droit de suite au vendeur du fonds de commerce, alors que l'art. 2.279 du Code civil, dicté par des considérations pratiques très légitimes, exclut la revendication en matière mobilière ? Pourquoi admettre l'hypothèque des fonds de commerce et conférer un droit de suite aux créanciers nantis, alors que l'hypothèque mobilière est proscrite de notre droit (art. 2.118 et 2.119 du Code civil) ? En un mot, comment concilier avec les principes du droit commun, ce droit de suite portant sur les fonds de commerce ? La seule façon d'aboutir à une conciliation est de rechercher quelles sont les idées maîtresses qui ont présidé à la rédaction des art. 2.119 et 2.279 du Code civil, c'est-à-dire de dégager les motifs qui ont pu donner naissance aux deux maximes « *en faits de meubles possession vaut titre* », « *meubles n'ont pas de suite par hypothèques* ».

Nous sommes ainsi amenés à rechercher l'origine de ces deux règles, à en suivre les modifications à travers les siècles, en nous plaçant d'abord au regard du propriétaire, puis au regard des créanciers.

Qu'on ne nous objecte pas qu'il est hors du cadre de cette étude de nous placer au point de vue du propriétaire, et de rechercher l'origine de la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* », car cette maxime est d'une portée très générale, et, en l'absence de l'adage « *meubles n'ont pas de suite par hypothèques* », on ne pourrait reconnaître un droit de suite sur les meubles par hypothèque sans porter atteinte à l'art. 2.279.

SECTION PREMIÈRE

Refus du droit de suite au propriétaire Origine de la règle « en fait de meubles possession vaut titre »

CHAPITRE I^{er}

Droit romain

L'ancien droit romain ne faisait pas de différence essentielle entre les meubles et les immeubles. La division des biens en « *res immobiles* » et en « *res mobiles vel se moventes* » paraît secondaire aux yeux des jurisconsultes Romains.

La propriété se distingue très nettement de la possession, tant au point de vue des meubles qu'au point de vue des immeubles. La possession confère à son titulaire des avantages considérables, mais laisse subsister la propriété en entier, avec tous ses attributs. La possession était insuffisante, à elle seule, pour anéantir ou

créer le droit de propriété, sauf au cas d'usucapion, car la loi des XII tables fixait un délai d'usucapion aussi bien pour les meubles que pour les immeubles.

En conséquence, tout propriétaire d'un meuble possédé par autrui conservait son droit intact, et pouvait revendiquer tant que l'usucapion n'était pas accompli. — La loi I, § 1 Dig. de rei vind, VI, 1, pose le principe « *Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his quae solo continentur* ». Tout propriétaire a donc la faculté de réclamer son meuble à l'encontre d'un tiers détenteur.

Notons, en passant, que la revendication ne sanctionne que le droit de propriété quiritaire. Celui qui n'a que l'*in bonis* se sert de la Publicienne. Les propriétaires quiritaires avaient eux-mêmes parfois intérêt à intenter la Publicienne, car, pour triompher dans la revendication, il faut faire la preuve évidente de sa propriété : preuve souvent très difficile puisqu'il convient d'établir qu'on a possédé par soi ou ses auteurs, avec juste titre et bonne foi, pendant tout le temps requis pour l'usucapion. — Par la Publicienne, au contraire, le demandeur triomphera en prouvant le fait de sa possession, et une acquisition avec juste titre et bonne foi.

A côté de la revendication et de la Publicienne, citons, comme moyens d'exercice du droit de suite du propriétaire, l'action négatoire contre quiconque prétend exercer un droit de servitude, et les interdit « *adipiscendae possessionis* », notamment l'interdit « *quorum bonorum* », accordé à celui qui a obtenu du magistrat la « *bonorum possessio* », et l'interdit *salvien* permettant au créancier hypothécaire de suivre son gage entre les mains de tiers acquéreurs.

Le droit Romain ne connaissait aucune limitation ou restriction à l'exercice du droit de suite du propriétaire de meubles, sauf certaines causes de suspension ou d'extinction du droit.

1^o *Causes de suspension du droit de suite du propriétaire d'un meuble :*

La théorie de l'accession nous fournit des cas où le propriétaire d'un meuble ne peut le revendiquer momentanément, où son droit de suite est paralysé.

Si le principal et l'accessoire sont tous deux des meubles, des broderies cousues à une tige par exemple, par l'action « *ad exhibendum* » le propriétaire pourra faire procéder à la séparation, et revendiquer ensuite sa chose.

Si le principal est un immeuble, l'accessoire un meuble (construction bâtie avec les matériaux d'autrui), le propriétaire des matériaux ne pourra les revendiquer, ni faire démolir l'édifice. Mais son droit de suite n'est pas anéanti, et, si la maison vient à être détruite, il pourra revendiquer ses matériaux, alors même que cette maison aurait été aliénée. — La maxime « *accessorium sequitur principale* » n'a donc pas toujours été vraie.

La spécification nous offre également des exemples de suspension du droit de suite du propriétaire d'un meuble. Si un sculpteur a fait une statue de mon bloc de marbre, peut-il repousser ma réclamation en prétextant que j'ai perdu tous mes droits? Les Sabinien s soutenaient que cette statue ne constituait pas une *res nullius*, et, comme telle, devait appartenir au propriétaire du marbre : ce dernier conservait son droit de suite et pouvait revendiquer. — Les Proculien s, au contraire, affirmaient que, grâce au travail du sculpteur, une statue nouvelle venait de naître, sur laquelle le propriétaire du marbre ne pouvait émettre aucune prétention. C'est donc

une *res nullius* que le spécificateur a acquis par occupation. — Justinien adopte, avec raison, la solution sabinienne lorsque la chose peut être ramenée à sa forme première, car, aucune chose nouvelle n'étant créée, il n'y a que suspension du droit de suite du propriétaire ; — dans le cas contraire, il s'en tient à la solution Proculienne, le propriétaire du meuble originaire a perdu tous ses droits.

2° *Causes d'extinction du droit de suite du propriétaire d'un meuble :*

L'accession peut aussi avoir comme résultat l'extinction du droit de suite du propriétaire, en mettant définitivement obstacle à la revendication. Celui qui, de mauvaise foi, bâtit avec ses propres matériaux ou fait des plantations sur le terrain d'autrui perd irrévocablement son droit de suite sur ses matériaux ou les arbres qu'il a plantés, alors même que la maison serait détruite ou les arbres déracinés. Dans le premier cas la revendication est impossible car, en construisant sciemment sur le terrain d'autrui, le constructeur est présumé avoir voulu faire une donation des matériaux au propriétaire du sol. Dans la deuxième hypothèse, on considère que l'arbre a perdu son individualité première, puisqu'il s'est nourri et développé sur le terrain d'autrui.

Le droit de suite du propriétaire d'un meuble est encore définitivement éteint par tous les modes d'extinction de la propriété, notamment par la perte juridique ou matérielle de la chose, par l'abandon, par la « *maxima capitis deminutio* », et aussi par l'usucapion, c'est-à-dire par la possession continuée pendant un certain laps de temps, basée sur un juste titre, et commencée de bonne foi. L'usucapion permet de repousser la revendication du propriétaire, car d'un possesseur elle fait un propriétaire,

éteignant ainsi à tout jamais le droit de suite du précédent propriétaire.

On voit donc, qu'à part quelques exceptions, le propriétaire d'un meuble pouvait le revendiquer chaque fois qu'il en avait perdu la possession contre son gré. Il pouvait agir indifféremment contre celui à qui il avait confié sa chose, ou contre tous les tiers détenteurs postérieurs, possesseurs précaires, de bonne ou mauvaise foi, acquéreurs ou sous-acquéreurs. Le véritable obstacle à ce droit de revendication à l'infini était l'usucapion.

Notons cependant qu'en cas de vol la revendication était éternelle, et qu'une possession paisible et de bonne foi durant les délais de l'usucapion était impuissante à mettre le tiers acquéreur à l'abri du droit de suite du propriétaire victime du vol. La loi des XII tables le mentionne expressément : « *Furtivae rei aeterna auctorita esto* », et au VI^e siècle de Rome une loi Atinia apporte une addition à cette formule « *nisi in potestatem domini res reversa sit.* » L'usucapion était ainsi exclue quant aux meubles volés et on pouvait les revendiquer indéfiniment tant que le vice du vol n'était pas effacé par le retour de la chose au propriétaire.

En réalité cette exception est très importante car la définition romaine du *furtum* est très large : Loi 1, § 3, Dig... De furtis, XLVII, 2 : *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve.* » Le *furtum* comprend donc l'escroquerie et l'abus de confiance, et peut porter sur la chose elle-même, sur l'usage et sur la possession. Le *furtum usus* consiste à faire de la chose d'autrui un usage auquel on n'a pas droit, par exemple le dépositaire qui se sert de la chose confiée, le commodataire qui se sert du meuble contrairement à ce qui a été convenu... Le *furtum possessionis* suppose que le propriétaire retire à quelqu'un la chose que celui-ci a intérêt

à posséder, tel le propriétaire qui reprend son meuble donné en gage sans avoir désintéressé le créancier-gagiste. — L'intention frauduleuse et le désir de s'enrichir aux dépens d'autrui sont les éléments indispensables de ce délit. — Rappelons que le vol ne peut exister que s'il s'agit d'un meuble.

Le système romain admettant la revendication des meubles à l'infini n'a rien d'injuste ou d'inique.

S'il est dur pour un tiers acquéreur de bonne foi de succomber devant les réclamations d'un précédent propriétaire et de se voir dépouiller de son bien, il est tout aussi désagréable pour un propriétaire de perdre sa chose ou de l'obtenir qu'en payant sa valeur. Le tiers acquéreur n'est certainement pas de meilleure foi que le propriétaire ; c'est le propriétaire qui doit l'emporter, et non celui qui a simplement cru être propriétaire. D'ailleurs le droit de propriété doit être protégé dans tous les cas, qu'il porte sur des meubles ou des immeubles.

Sans doute la revendication peut avoir pour résultat de troubler la paisible possession des choses, mais l'usucapion remédie à cet inconvénient, car si le propriétaire doit pouvoir réclamer sa chose contre tous, il doit le faire avec diligence, dans un laps de temps limité, sinon il n'aura qu'à s'en prendre à lui de la perte de son bien.

Aussi sommes-nous très étonnés de lire dans l'art. 2.279 du Code civil « *en fait de meubles possession vaut titre* » ; principe qui est la négation formelle du droit de suite sur les meubles. — Comment expliquer ce renversement complet de la théorie Romaine ? Quelles raisons ont fait adopter une solution diamétralement opposée à celle des jurisconsultes romains ? C'est ce que nous révélera l'histoire de cette maxime, en continuant notre exposé sur l'évolution du droit de suite en matière mobilière.

CHAPITRE II

Droit Germanique

D'après les ouvrages de MM. ORTLIEB, JOB BÉ-DUVAL, POINCARÉ, AUBRY et RUAU.... la maxime « *en fait de meubles possession vaut titre* » aurait son origine dans le droit germanique, empruntée aux principes « *Hand muss stand wahren. Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen* ». « Que la main garde la main. C'est où on a laissé sa foi qu'il faut la rechercher. »

Les Germains, quoiqu'on ait dit, se faisaient une idée assez nette de la distinction du possessoire et du pétitoire. Certains passages des lois barbares laissent supposer que la possession était sanctionnée en elle-même, indépendamment de toute idée de propriété. La loi salique tome XLVII, § 4, semble considérer comme possesseur incommutable celui dont la possession s'est prolongée un an et jour.

Il paraît également certain que les Germains connaissent la propriété des meubles, mais en matières mobilières ils ne prenaient en considération que la possession de fait. Tandis que le propriétaire d'un immeuble conservait tous ses droits, même s'il avait été privé de la possession de son bien, le propriétaire d'un meuble, au contraire, s'il est dépossédé, perd son droit de suite sur la chose, et ne peut la revendiquer qu'au cas de vol ou de perte.

La loi des Wisigoths est très précise en ce sens : elle ne donne qu'une action personnelle au propriétaire d'un meuble contre celui qui a commis un abus de confiance, en vendant ou donnant la chose qui lui a été confiée : « *Quotiens de vendita vel donata re contentio*

commovetur, id est si alienam fortasse rem vendere vel donare quemcumque restiterit, nullum emptori praejudicium fieri potuit ; sed ille qui alienam fortasse rem vendere aut donare praesumpserit, duplum rei domino cogatur exsolvere » (Lex Wisigothorum. L. V., titre IV § 8). Donc si un dépositaire, commodataire, locataire a aliéné la chose qui lui a été remise, l'acquéreur sera à l'abri de toute poursuite, et le propriétaire n'aura qu'une simple action personnelle contre le dépositaire, commodataire ou locataire.

Nous retrouvons encore ce principe de l'exclusion de la revendication en matière mobilière chez les Franes-Saliens, les Lombards et les Anglo-Saxons.

La loi Salique, par exemple, qui est le monument où se sont le mieux conservées les coutumes germaniques, garde le silence le plus complet sur la revendication mobilière. C'est que la revendication n'existe pas en droit germanique ; ce principe paraît si évident que la loi salique ne prend même pas la peine de le formuler : elle se contente d'indiquer et de régler les cas où exceptionnellement la revendication est admise, les cas de perte ou de vol.

Les coutumes lombardes, à l'exemple de la loi Salique, refusent tout droit de suite au propriétaire d'un meuble, sauf lorsqu'il est dépossédé contre son gré, par perte ou vol.

Les coutumes anglo-saxonnes sont formelles dans le même sens. Elles citent trois cas où la revendication est possible : « vol, enlèvement par violence, perte par cas fortuit », et trois cas où elle est interdite : « dépôt, prêt, louage ».

Il faut d'ailleurs ajouter qu'étant donné l'importance de la revendication mobilière, les textes l'auraient sans doute réglementée si elle avait existé, ou, tout au moins,

en trouverions-nous des traces certaines dans les diverses coutumes germaniques.

Comme nous l'avons déjà relaté *supra*, dans deux cas le droit germanique fait échec à ces principes et admet la revendication mobilière. La première exception vise le cas de vol, car il eut été inique de priver de tout recours le propriétaire injustement dépouillé. L'acquéreur, même de bonne foi, d'un meuble volé est exposé à la revendication du propriétaire victime du vol : s'il est de bonne foi, il n'est tenu que de restituer, dans le cas contraire il est passible d'une action pénale (il est en effet considéré comme complice du vol).

Le propriétaire, dépossédé par le vol ou la perte, peut ressaisir sa chose, mais sans violence. Si on lui conteste son droit, il doit poursuivre le détenteur actuel devant les tribunaux. Celui-ci, pour établir que sa possession est légale et dégager sa responsabilité, citera en garantie son auteur ; s'il ne peut le faire, il prouvera son innocence par serment ou par témoins, et échappera ainsi à la peine du vol, tout on étant tenu à la restitution du meuble dérobé.

Notons que la définition du vol est moins étendue ici qu'en droit romain : Par vol il faut entendre la soustraction frauduleuse, mais non l'escroquerie ou l'abus de confiance.

La deuxième exception à la règle prohibant la revendication mobilière a trait aux choses perdues, c'est-à-dire aux choses dont le propriétaire a été dépossédé involontairement, en dehors de son consentement. Cette exception est mentionnée dans la loi Salique, la loi des Frisons et celle des Bavares.

Il résulte donc de toutes ces explications que les Germains refusent le droit de suite au propriétaire de meubles. Le tiers acquéreur de bonne foi d'un meuble

sera à l'abri des poursuites du propriétaire, sauf les cas de perte ou vol. C'est le système le plus généralement admis, et qui découle incontestablement des nombreuses applications qu'en font les lois barbares.

Comment expliquer cette conception des Germains en matière mobilière ? Pourquoi refuser toute protection à la propriété mobilière ? Plusieurs explications ont été proposées ; nous n'examinerons que les principales.

On a soutenu, tout d'abord, que les Germains méprisaient la fortune mobilière, que les immeubles seuls avaient attirés leur attention, et qu'en conséquence ils ne s'étaient nullement préoccupés d'organiser et de protéger la propriété des meubles. Ce raisonnement est insoutenable, car s'il en était ainsi, pourquoi admettraient-ils la revendication mobilière au cas de vol ou de perte, même contre des tiers acquéreurs de bonne foi ? D'ailleurs TACITE nous affirme dans son ouvrage « Mœurs des Germains » que ce peuple attachait une grande importance aux meubles.

On a encore prétendu que les Germains ne distinguaient pas nettement la propriété de la possession, tout au moins en matière mobilière, que pour eux la possession faisait présumer la propriété, et que seul le détenteur méritait d'être protégé. Cette opinion est très contestable. Les Germains différenciaient parfaitement le possesseur du pétitoire, et se faisaient une idée très exacte de la propriété des meubles. Il le fallait, du reste, pour permettre à la victime d'un vol de reprendre sa chose même entre les mains d'un acquéreur de bonne foi.

La véritable explication nous est fournie par M. JOBBÉ-DUVAL dans son « Etude historique de la revendication des meubles ». L'exclusion de la revendication mobilière se rattache aux caractères de notre vieille procédure. En dehors des actions « *ex delicto* »,

on ne trouve dans la loi salique que deux procédures ayant le caractère civil : la procédure « *ex fide facta* », basée sur un acte solennel la « *festuatio* », cérémonie formaliste dont le but est de mettre les meubles du débiteur à la discrétion du débiteur ; la procédure « *ex re praestita* », basée sur la remise matérielle de l'objet. Or « la revendication mobilière, dit M. JOBBÉ-DUVAL, ne pouvait évidemment trouver place dans une pareille procédure ; en poursuivant le tiers acquéreur, le revendiquant n'aurait pu s'appuyer ni sur un acte solennel, ni sur un fait matériel quelconque ; il aurait dû se prévaloir de son droit abstrait de propriété, droit réel opposable à tous : c'est là une exception qui ne pouvait entrer dans l'esprit de la loi salique ».

CHAPITRE III

Ancien Droit Français

A la suite des invasions, les idées des Germains furent introduites en Gaule. On retrouve dans notre ancien droit le principe « *pas de suite pour les meubles* ». Comme dans le vieux droit germanique, aucune action n'est admise contre le possesseur d'un meuble, car la possession fait présumer la propriété. La revendication n'était permise qu'en cas de dépossession involontaire, c'est-à-dire en cas de perte ou de vol. Si le propriétaire a confié un meuble à une personne, à charge de le lui restituer un jour, et si ce dépositaire, emprunteur ou

locataire commet un abus de confiance et aliène ce meuble, le tiers acquéreur sera à l'abri des poursuites du propriétaire qui est réduit à une simple action personnelle contre le dépositaire, emprunteur ou locataire.

Ces principes se trouvent résumés dans la maxime « *meubles n'ont pas de suite* ». On en trouve de nombreuses applications dans nos vieux coutumiers.

On lit par exemple dans le « Livre de Jostice et de Plet, L. xix, ch. xxxv, § 3 et 5 » « Et se aucuns engage choses que l'on li ait prestées, li gage vaut. Et s'il engage choses qu'il a toloistes, et ce soit seu, li gages ne vaut rien. A totes les fois que choses est emblée ou toloistes et elle est engagée, li gages ne vaut riens. A totes les fois que choses est baillée en gages, qui est donnée ou prestée ou acctée, et la baille en gages, li gages tient ».

On voit de même dans les « Assises de la Haute Cour », que pour pouvoir revendiquer son meuble, le propriétaire doit faire la preuve de son droit et faire le serment qu'il a été dépossédé indépendamment de sa volonté. « Celui qui requiert la chose, doit montrer si, comme il deit, que il a perdu cele chose, et doit prouver par deus leauz garens de la loi de Rome, qui jurent sur saints que ils le virent de cele chose que il requiert saisi et tenant comme dou sien. Et il deit après jurer que il ne l'a vendue, ni donnée, ni prestée, ni engagée, ni aliénée en aucune manière, par quei il ne la puisse et deive recouvrer par l'assise » (Assises de la Haute Cour, ch. cxxxi).

La très ancienne coutume de Bourges le dit aussi très nettement ; « L'en garde par coustume à Bourges, que en demande de meubles n'a seulement que quatre actions, en prest, en deposit, en despouille et en larrecin. »

Pierre DE FONTAINES dans son « Conseil à un amy » nous déclare également que nul ne peut réclamer sa chose entre les mains d'un tiers, en se basant uniquement sur son droit de propriété et en le prouvant même au besoin, car les meubles n'ont pas de suite.

Nous pourrions encore citer plusieurs recueils où l'on retrouve la même idée, par exemple dans les « Etablissements de St-Louis » (L. I, ch. LXXXI), dans « Le Miroir de Saxe » (II, 36 et 40); dans les « coutumes notoires du Châtelet de Paris » (art. 23); dans les « Décisions de Jean DES MARES » (art. 165)...

Toutes ces solutions, ne sont que l'application des principes germaniques.

Notons, pour compléter l'analogie, qu'on admet dans notre ancien droit les mêmes exceptions que chez les Germains, c'est-à-dire que la revendication mobilière est permise au cas de vol ou de perte.

A partir du XIII^e siècle, cependant, nous pouvons constater que les idées romaines gagnent peu à peu du terrain en Gaule. Notre législation coutumière subit l'influence romaine, et nos institutions se trouvent insensiblement modifiées, parfois même renversées. C'est surtout en matière mobilière que le droit romain allait entrer en lutte avec le droit germanique, car les principes en vigueur dans ces deux droits étaient tout à fait contraires. Les idées romaines s'infiltrèrent lentement dans notre droit avant d'aboutir à un triomphe complet.

Nous voyons tout d'abord la revendication admise en cas de détournement frauduleux commis par une personne à qui une chose a été confiée. A l'exemple des Romains, on fait ainsi rentrer l'abus de confiance dans la définition du vol. Et les « Assises de Jérusalem » s'inspirent sans aucun doute de la définition romaine du vol (*furtum est contrectatio rei fraudulosa*) en disant

« *Laresin est trecheresse detraccions de autruy chose movant, meuble ou autre.* »

Il résulte même, d'après BEAUMANOIR, qu'une soustraction frauduleuse n'est pas nécessaire pour donner lieu à la revendication. Il suffit que la chose ait été prise à l'insu et contre le gré du propriétaire. Si une personne prend, pour s'en servir, le cheval de son ami à l'insu de ce dernier, le propriétaire « peut ravoir se chose, dit BEAUMANOIR, et en peut cheli traire en damage d'amande d'autrui chose prise sans congîé, lequele amande est de LX sous. » BEAUMANOIR nous dit encore ; « Chascun a loi de demander ce qui doit être sien à celui qui le tient. » (BEAUMANOIR. — Coutume de Beauvoisis : ch. xxxi, n° 165).

Il est ainsi facile de se rendre compte, par ces quelques exemples, de l'influence grandissante des idées romaines. Les principes germaniques cèdent le pas à la théorie romaine et, s'ils constituent encore la règle au XIII^e siècle, leur autorité est de plus en plus discutée et ne devait pas tarder à disparaître devant le triomphe du droit romain.

Au XIV^e siècle la lutte se poursuit toujours entre les deux écoles : La théorie romaine, qui tend à faire reconnaître la revendication mobilière même au cas de désaisissement volontaire, la théorie germanique, qui préconise l'opinion inverse. Les jurisconsultes, tout en restant fidèles aux principes germaniques, subissent malgré eux l'influence romaine : de là des contradictions dans leurs ouvrages.

C'est le cas de BOUTELLER qui, à plusieurs reprises n'admet la revendication que s'il y a perte ou vol, et qui reconnaît ailleurs un droit de suite au propriétaire de meubles, en dehors des cas de vol ou de perte. « Le revendeur disoit qu'achetée l'avoit et payée... Pourquoi

il disoit que la cotte estoit sienne, et que si le bourgeois la vouloit ravoir, rendre lui devoit ce que payé en avoit puisque comme emblée la clamoit... Le bourgeois disant au contraire et que par le droiet de revendication, puisque la chose trouvoit, ravoir le devoit franchement... Tout veu, il fut dit que le droit de revendication sortirait et tendroit lieu nonobstant coustume du contraire, laquelle en ceste partie n'était pas tollérable contre le droit escript et la constitution du prince qui a vigueur de loy. » (BOUTEILLER : somme rural. — Liv. I. tit. XLIII. De reivend).

BOUTEILLER, dans un autre passage, admet encore la revendication contre un tiers qui aurait acquis la chose d'un gagiste, c'est-à-dire admet la revendication mobilière au cas de déssaisissement volontaire, solution conforme aux principes romains mais contraire au droit germanique.

Il faut cependant remarquer que bon nombre de coutumes s'en tenaient aux principes du vieux droit. Telle l'ancienne coutume de Bourges ar. 56 : « L'en garde par coustume que saisine de meubles se perd en ung moment, et saisine de héritage par an et jour qu'il a tenu paisiblement. » Il en est de même de l'ancienne coutume d'Orléans (art. 382), des coutumes d'Etampes (art. 167), de Bretagne (art. 284), et de plusieurs autres.

Mais à mesure qu'on avance, le droit romain devient de plus en plus prépondérant, et le nombre des coutumes restées fidèles à la règle « meubles n'ont pas de suite » diminue de jour en jour. — BOUTEILLER, quoique partisan des théories coutumières, proclame l'imprescriptibilité des choses volées : « et si tolue avoit esté à force, ne se devoit tenir ne se vaudroit tenure de usucapion ». Il en arrive même à admettre les actions possessoires en matières mobilière (Somme rural, L. I, tome xxxi). Mais cette opinion lui est restée personnelle.

Nous pouvons ainsi constater qu'aux ^{xiv}e et ^{xv}e siècles la revendication mobilière est reconnue par la plupart des auteurs. Sans doute nous trouvons encore en vigueur la règle « *meubles n'ont pas de suite* », mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette formule dont la sphère d'application a changé. — A l'origine, elle posait le principe de l'exclusion de la revendication en matière mobilière ; au ^{xv}e siècle sa signification est toute autre ; elle s'est spécialisée au cas d'hypothèque. Aussi chaque fois que les auteurs citent cette vieille maxime, ils en restreignent immédiatement la portée, et la limitent au cas spécial d'une constitution d'hypothèque.

Au ^{xvi}e siècle le triomphe des principes Romains est complet, et la revendication mobilière est universellement admise. Le propriétaire, privé de sa chose sans sa volonté, peut la réclamer même en dehors des cas de perte ou de vol. Cette revendication est désormais uniquement basée sur le droit de propriété : ce n'est plus une action criminelle ou quasi-criminelle, comme dans les époques précédentes, elle a le caractère de notre revendication actuelle.

Ce droit de revendication n'était toutefois pas accordé indéfiniment. Le propriétaire devait l'exercer, à peine de déchéance, dans un certain délai, car le tiers détenteur pouvait prescrire par la possession prolongée de la chose. — Le délai de la prescription n'était d'ailleurs pas établi d'une façon uniforme pour toutes les coutumes. Un grand nombre fixait le délai à trois ans, conformément au droit de Justinien, telles par exemple les coutumes d'Amiens, d'Anjou, de Bourgogne, du Maine, de Melun... D'autres le fixaient à cinq ans, telle la nouvelle coutume de Bretagne. La coutume de Valenciennes exigeait un délai de dix ans. Dans le ressort du Parlement de Paris, on appliquait à la prescription mobilière

les conditions d'existence de la prescription immobilière, et en conséquence le délai requis pour usucaper était de trente ans, « d'autant qu'usucapion est aujourd'hui tollue et qu'ils (les meubles) ne peuvent être prescrits que par le laps de temps de trente ans. » — Enfin, en cas de vol ou de perte, toutes les coutumes admettaient l'imprescriptibilité des meubles, comme dans le droit Romain.

Notons que, malgré le triomphe des idées romaines les principes germaniques subsistèrent à certains égards. C'est ainsi que les actions possessoires furent généralement repoussées en matière mobilière. LOYSEL nous l'affirme dans ses « *Institutes coutumières* », L. v. tome IV 15: « pour simples meubles, on ne peut intenter complainte, mais en iceux échet aveu et contr'aveu », c'est-à-dire qu'en matière mobilière on reconnaît comme procédure l'aveu et le contre-aveu, autrement dit la revendication.

Ces solutions sur la revendication mobilière furent couramment adoptées aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles. Mais dès le début du ^{xviii}^e siècle un mouvement de réaction contre les idées en vigueur semble se dessiner; mouvement qui devait se préciser par la suite, et aboutir au rétablissement des principes germaniques.

La revendication mobilière était funeste aux transactions commerciales. Il n'y avait plus de sécurité pour les tiers. Les acquéreurs de bonne foi étaient sans cesse exposés à se voir dépouiller par la revendication d'un propriétaire dont le meuble avait été vendu par un dépositaire ou emprunteur.

D'autre part, la diversité des délais pour revendiquer donnait lieu à beaucoup d'hésitations et d'incertitudes. La prescription trentenaire établie par diverses coutumes était excessive et constituait un obstacle sérieux au

commerce. On essaya en vain de réduire et d'uniformiser ces délais. D'ailleurs le premier inconvénient subsistait toujours : l'insécurité pour les tiers.

Le seul remède radical était de supprimer la revendication chaque fois que le propriétaire se serait dessaisi de son meuble volontairement, et de ne la laisser recevable qu'au cas où la dépossession aurait eu lieu contre le gré du propriétaire. C'était donc exclure le droit de suite en matière mobilière, hormis les cas de vol ou de perte. — Ce droit de suite était du reste supprimé pour les créanciers hypothécaires, et il était tout naturel d'admettre la même solution pour le propriétaire.

On peut encore ajouter qu'à cette époque les meubles avaient peu d'importance ; il n'y avait pas grand intérêt à rechercher leur véritable propriétaire, d'autant plus que, l'identité des meubles étant difficile à établir, cette recherche eut conduit à des litiges que ne pouvait justifier la valeur des meubles. Il était plus simple de s'en tenir au fait matériel de la détention, et de considérer le possesseur comme le véritable propriétaire.

Aussi à la fin du ^{xviii}^e siècle, en raison des nécessités pratiques, on supprime le droit de suite sur les meubles, et on pose le principe de la possession-faisant présumer la propriété. La revendication est cependant tolérée s'il y a vol ou perte, car un propriétaire ne doit pouvoir être injustement dépouillé. C'est donc le retour aux idées germaniques, aux principes de nos anciennes coutumes.

Déjà POTHIER semble se rallier à cette idée, lorsque discutant sur le délai admis par la coutume d'Orléans, il dit : « Notre coutume ne s'est pas expliquée sur la prescription à l'effet d'acquérir les choses mobilières ; il n'est pas bien décidé si la prescription de trois ans, avec titre et bonne foi, qui avait lieu par le droit civil,

a lieu dans notre droit français. Il est rare qu'il y ait lieu à la question, *le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé propriétaire*, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription, à moins que celui qui le réclame et s'en prétend propriétaire ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol qui lui en aurait été fait ; auquel cas il ne pourrait y avoir lieu à une prescription de trois ans, qui au terme du droit, n'a pas lieu pour les choses furtives ». (POTHIER. Coutumes d'Orléans : introduction au titre de la prescription). Mais il est peu probable que, dans l'esprit de POTHIER, cette possession établisse une présomption irréfragable de propriété. Pour lui, le fait de posséder un meuble fait présumer la propriété de qui le détient et dispense d'en faire la preuve, mais cette présomption tombera devant la preuve contraire.

BOURJON se montre très partisan de la suppression du droit de suite sur les meubles, et c'est chez lui qu'on trouve formulée pour la première fois la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* ». Il nous rapporte dans « Le droit commun de la France » (L. II, tome I, ch. VI, sect. I, § 1) l'opinion préconisée sur la matière par le tribunal du Châtelet : « En matière de meubles, la possession vaut titre de propriété, la sûreté du commerce l'exige ainsi. C'est une maxime constante au Châtelet fondée sur la proposition qui suit. La base de cette maxime est qu'on ne possède ordinairement que les meubles dont on est propriétaire ; ainsi la possession doit donc, quant à ce, décider. De là, il s'ensuit que dans la thèse générale les meubles ne sont sujets à suite, sauf la restriction qui forme la proposition qui suit et les cas expliqués dans la section suivante. Cependant l'effet mobilier furtif peut être revendiqué, même des mains de l'acquéreur de bonne foi, pourvu que le

furte soit constaté, c'est juste exception à ce que dessus. Telle est la jurisprudence de la Chambre civile du Châtelet ». Et plus loin : « La prescription n'est ici d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait. Cependant M. BRETONNIER dit que le Parlement de Paris requiert pour les meubles la même inscription que pour les immeubles ; ce qui ne paraît pas, à moins qu'il y ait action personnelle en restitution contre le possesseur même, et la jurisprudence du Châtelet est contraire. En effet, suivant la jurisprudence de ce tribunal, la possession d'un meuble, ne fût-elle que d'un jour, vaut titre de propriété, sauf l'exception ci-après ; mais hors ce cas, la possession quant à ce, vaut toujours titre de propriété ; c'est ce que dit M. LAPEYRÈRE. Cependant M. DUPLESSIS estime qu'avec bonne foi il faut trois ans pour prescrire la propriété d'un meuble, et trente ans lorsqu'il n'y a pas bonne foi. M. BRODEAU est du même sentiment : j'ai toujours vu cette opinion rejetée au Châtelet, où l'on tient pour maxime qu'en matière de meubles la possession vaut titre de propriété, à moins que le meuble ne soit furtif ; la jurisprudence contraire serait préjudiciable au bien public, puisque personne par rapport aux meubles n'exige un titre qui soit tout ensemble justificatif et translatif de propriété, et que, sur ce, chacun se confie et se contente de la possession, elle est donc suffisante » (Droit commun de la France, L. III, tome XXII, ch. v, n° 1).

Enfin dans ce même ouvrage (L. III, titre II, ch. I, n° 1) BOURJON nous dit encore : « L'effet de l'achat d'un meuble est d'en faire passer la propriété dans la personne de l'acheteur. Pour la preuve de cet achat, il n'est pas nécessaire de rapporter un titre. Il suffit de

posséder le meuble, parce qu'en matière de meubles, possession vaut titre. Il suffit donc de la possession pour la preuve de la translation de propriété. L'ordre public l'a exigé ainsi, indépendamment du laps de temps ».

Nous avons ainsi accumulé les citations afin de poser nettement la règle et d'en bien préciser la portée.

A la fin du XVIII^e siècle il était donc universellement admis que le possesseur d'un meuble en était présumé propriétaire, et pouvait repousser toute poursuite. Cette solution trouvait son expression dans l'adage « *en fait de meubles possession vaut titre* », formule remarquable par sa précision et sa brièveté, et qui devint rapidement d'un usage courant. L'on ne pouvait guère revenir à l'ancienne formule « *meubles n'ont pas de suite* », car cette maxime s'était spécialisée en matière hypothécaire, et modifiée par l'adjonction des mots « *par hypothèque* ».

A qui devons-nous attribuer l'adage « *en fait de meubles possession vaut titre* » ? La réponse paraît douteuse. Certains prétendent que son rédacteur officiel fut BOURJON qui ne se contenta pas de rénover une idée étouffée par la renaissance du droit romain, mais qui la créa de toutes pièces, et la condensa dans la formule reproduite par notre Code civil.

Cette théorie nous semble bien contestable, car, si c'est chez BOURJON que nous trouvons cette formule pour la première fois, il ne l'a citée pas comme une innovation, mais plutôt comme d'un usage courant. L'opinion en vertu de laquelle BOURJON ne doit pas être considéré comme le père légitime de notre maxime paraît d'ailleurs résulter d'un passage de LA CHENAYE qui écrit en 1786 : « celui qui possède des meubles en est présumé le propriétaire ; il ne lui faut d'autre titre que la possession, d'après cette maxime connue « *en*

fait de meubles, possession vaut titre » (Encyclopédie jurisprudence V^o meubles, VI p. 25).

Cette formule universellement répandue au XIX^e siècle, devait être reproduite textuellement dans notre Code civil. Il est à remarquer que les auteurs du Code se contentent de l'énoncer, sans en donner la moindre explication. C'est qu'en effet cette règle paraissait si claire par elle-même, d'un usage si courant, qu'aucune difficulté ne semblait devoir s'élever, et, qu'en conséquence, on pouvait s'abstenir de tout commentaire.

Même dans les travaux préparatoires on ne trouve pas le moindre renseignement sur le sens exact de cette maxime. M. BIGOT-PRÉAMENEU, dans son discours au corps législatif, se contente de rattacher cette règle aux avantages pratiques qu'elle procure : « Le droit Romain, dit-il, accordait sous le nom d'« *interdictum utrubi* » une action possessoire à ceux qui étaient troublés dans la possession d'une chose mobilière. Mais dans le droit français on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété ; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre ; on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'identité et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre, et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs ont dû faire maintenir la règle générale suivant laquelle en fait de meubles, la possession vaut titre. » (Exposé des motifs au Corps législatif. FENET XV, p. 600).

CHAPITRE IV

Système du Code civil

Nous n'avons pas la prétention de faire, dans ce chapitre, une étude approfondie de l'art. 2.279 du Code civil. Ce qui importe surtout à notre thèse, c'est d'établir nettement le sens de la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* », et d'en voir les conditions d'application. Nous nous bornerons ensuite à rappeler quelques principes sur les personnes que cet article protège, les exceptions qu'il comporte, et les meubles auxquels il est applicable.

1^o *Sens de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre. »*

L'art. 2.279 du Code civil a donné lieu à de vives controverses en raison de l'insuffisance de sa rédaction. Les auteurs sont très partagés sur la signification exacte de cette règle.

1^o D'après un premier système, soutenu par M. TOULLIER, l'art. 2.279 ne serait pas un mode d'acquisition immédiate de la propriété ; il ferait seulement présumer l'existence du juste titre nécessaire à la prescription. A la différence de ce qui est admis en matière immobilière, le possesseur d'un meuble serait présumé le détenir en vertu d'un juste titre d'acquisition et serait dispensé d'en faire la preuve pour pouvoir prescrire. Le véritable propriétaire pourrait d'ailleurs établir la preuve contraire, et triompher du simple possesseur. L'art. 2.279 ne ferait donc que supprimer un élément de la prescription. — Quant au délai requis pour l'usucapion, M. TOULLIER le fixe à trois ans.

Ce système est peu défendable, car l'art. 2.279 n'exige une possession de trois ans qu'au cas de perte ou

de vol et TOULLIER a tort de poser en principe ce qui n'est que l'exception.

2^o Une jurisprudence récente soutient que l'art. 2.279 établit une présomption légale de propriété, mais admettant la preuve contraire. C'est donc une présomption de propriété « *juris tantum* ».

Si l'on adoptait cette opinion, il faudrait décider que l'art. 2.279 est inutile. En effet, déjà avant notre Code civil, la possession avait pour conséquence de faire présumer la propriété, et certainement l'art. 2.279 ne s'est pas contenté de le rappeler. — D'ailleurs cette jurisprudence est contradictoire. D'après le Code civil, la preuve contraire n'est pas admise contre les présomptions légales ; l'art. 1.352 du Code civil l'exprime formellement : « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou *dénie l'action en justice...* ». Or l'art. 2.279 dénie l'action en justice, exclut la revendication.

3^o M. MARCADÉ prétend, au contraire, que la maxime « *en fait de meubles, possession vaut titre* » n'engendre pas une présomption de propriété au profit du possesseur. Cette règle signifie que, par le seul fait de la possession, on acquiert non seulement un pouvoir physique sur la chose, mais aussi le droit de propriété lui-même. A la différence des immeubles qu'on ne peut usucaper que par un laps de temps assez long, dix, vingt ou trente ans, les meubles se prescrivent instantanément. C'est donc à l'idée d'une prescription instantanée qu'il faut se rallier, car, si la loi dispense de la condition du laps de temps, elle suppose en revanche les autres éléments de l'usucapion, le juste titre et la bonne foi.

D'ailleurs la place même occupée par l'art. 2.279 est un argument en ce sens. Il est compris dans le titre de la prescription, et le législateur semble avoir

suivi un plan très logique, établissant une sorte de gradation entre les diverses prescriptions : il commence par les prescriptions les plus longues, celle de trente ans, puis celles de dix à vingt ans ; il passe ensuite aux courtes prescriptions, les unes s'accomplissant par cinq ans, d'autres par deux ans, par un an, par six mois. L'art. 2279, venant immédiatement après, doit naturellement consacrer une prescription sans condition de durée, une prescription instantanée.

Ces arguments ne sont pas suffisants, à notre avis. Il est très logique de placer, à l'endroit où on aurait dû traiter de la prescription des meubles, l'article destiné à supprimer cette prescription. D'autre part, il y a une erreur manifeste à parler de *prescription instantanée* ; ces deux expressions se contredisent. Toute prescription suppose, par définition, une possession prolongée pendant une certaine durée ; c'est ce que nous dit le Code civil art. 2219, et une usucapion sans laps de temps n'est pas une véritable usucapion. Or ici, il est impossible de saisir le moindre intervalle, si petit soit-il : C'est à l'instant même où on acquiert la possession, que commence la propriété. BOURJON paraît être en ce sens, quand il dit : « la prescription n'est ici d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit l'effet d'un titre parfait » (BOURJON : Le droit commun de la France, liv. II, ch. V, section I) — Et POTHIER est du même avis : « Le possesseur d'un meuble en est présumé propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription. »

4° L'opinion la plus vraisemblable est qu'il s'agit, dans l'art. 2279, d'une véritable présomption de propriété, conformément à la théorie de BOURJON et de POTHIER. L'art. 2279 cadre ainsi avec le système général de notre

jurisprudence en matière de possession. Le seul fait de la possession fait toujours présumer la propriété, même pour les meubles. Mais tandis que pour les immeubles, la présomption de propriété peut être combattue par titre ou par prescription, pour les meubles, à l'inverse, la présomption ne peut tomber devant la preuve contraire, elle est absolue, et la possession s'identifie à la propriété. Le titre de la propriété mobilière est la possession. Cette propriété est donc abstraite, détachée de sa cause et porte en elle-même sa propre justification, sans nécessité d'un titre.

C'est le point de vue de notre jurisprudence actuelle et aussi du Code civil allemand dont l'art. 1.006 est ainsi conçu : « Le possesseur mobilier est *présumé* propriétaire ».

L'art. 2.279 établit donc une présomption de propriété, mais une présomption absolue, irréfragable. C'est conforme à l'art. 1.352 du Code civil et au but poursuivi par la règle « *en fait de meubles, possession vaut titre* » : assurer la sécurité des transactions commerciales, et éviter des procès sans fin.

2^o *Conditions d'application de l'art. 2.279 :*

Étant désormais fixés sur le sens de l'art. 2.279, il convient de rechercher au profit de qui cette présomption de propriété fonctionne. Ici encore nous voyons s'élever de vives controverses issues de l'insuffisance et de l'obscurité du Code. L'art. 2.279 est muet sur la matière, et nous devons nous référer à la tradition pour déterminer les caractères de cette possession.

Souvenons-nous que la règle a été édictée pour assurer les transactions commerciales, « pour donner la sécurité à celui entré normalement en possession d'un meuble », dit BOURJON.

A : La première condition requise pour se prévaloir de la maxime est le fait de posséder « *animo domini* ».

La possession doit être réelle, et exercée à titre de propriétaire. On exclut ainsi le simple détenteur (emprunteur, dépositaire, mandataire...), car il possède à titre précaire, pour autrui : étant tenu de l'obligation de restituer, ce n'est pas un possesseur ; or l'art. 2.279 exige comme condition, pour être présumé propriétaire, non le fait de la détention, mais la possession elle-même. Cet article a voulu protéger ceux qui ont acquis normalement un meuble, et les garantir contre le droit de suite du propriétaire.

Remarquons, du reste, que d'après l'art. 2.230 du Code civil « on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre ». Tout individu en contact avec une chose en est donc présumé possesseur, et ce sera au demandeur à démontrer la précarité de sa possession, à prouver par le contrat de bail ou de prêt qu'il est obligé à restitution.

B : L'art. 2.279 suppose, en outre, que le possesseur est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait la conviction d'avoir acquis le meuble du véritable propriétaire, et d'avoir reçu un droit de propriété indiscutable. Cette condition n'est pas exprimée dans l'art. 2.279, mais la tradition est constante en ce sens. La loi a voulu protéger les acquéreurs victimes d'une erreur, et non ceux qui par fraude, ont contracté avec un individu qu'ils savaient ne pas être propriétaire.

MM. AUBRY et RAU contestent cependant cette opinion en s'appuyant sur l'art. 2.279 : La bonne foi n'y est pas mentionnée, et il n'appartient pas aux interprètes de combler ce silence de la loi. Une condition de cette importance devrait être expressément stipulée, d'autant plus que notre Code spécifie formellement tous les cas où la bonne foi est exigée (art. 549 et 2.265). En

conséquence ces auteurs estiment que le possesseur même de mauvaise foi pourra se prévaloir de la maxime et s'opposer à la revendication du propriétaire. Mais sa mauvaise foi fera naître à sa charge une action personnelle en restitution, basée sur les art. 1.382 et 1.383 du Code civil : « car en statuant qu'en fait de meubles possession vaut titre, la loi ne distingue pas entre la possession de bonne foi et celle de mauvaise foi, et en cela elle est conforme aux principes que les effets de la possession sont en général, dans notre droit, indépendants de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur ; d'où nous pensons que l'action en revendication n'est pas admissible, même contre un possesseur de mauvaise foi... Mais cela n'empêche pas que la mauvaise foi du possesseur ne puisse donner ouverture contre lui à une action en restitution fondée sur les art. 1.382 et 1.383. Ce qui prouve au surplus que l'action compétant en pareil cas au propriétaire n'a pas le caractère d'une action réelle et ne repose que sur un rapport d'obligation personnelle, c'est que, d'une part, elle ne suit pas la chose entre les mains d'un possesseur de bonne foi, auquel le possesseur de mauvaise foi l'aurait transmise, et que, d'autre part, ce dernier reste, malgré cette transmission, soumis à une action en dommages-intérêts de la part du précédent possesseur ». (AUBRY et RAU, 5^e édition, § 183, note 29, page 156).

La solution contraire prévaut cependant en doctrine et en jurisprudence. Elle résulte d'ailleurs de la combinaison de l'art. 2.279 avec l'art. 1.141 du Code civil, où la bonne foi est formellement exigée. L'art. 1.141 suppose deux acheteurs envers qui on s'est engagé successivement à livrer un meuble ; celui-là, sera préféré et considéré propriétaire, qui aura été mis en possession réelle, encore que son titre soit postérieur en date,

« pourvu toutefois que la *possession soit de bonne foi*.
« Or il est de toute évidence que cet art. 1.141 n'est qu'une application du principe général posé dans l'art. 2.279.

Cette solution résulte encore des origines de la règle. Créée pour les besoins du commerce, cette maxime a pour but de protéger ceux qui ont acquis dans des conditions normales, et non de favoriser les gens de mauvaise foi.

3° *Personnes protégées par l'art. 2.279 et les exceptions qu'il comporte :*

L'art. 2.279 protégera non seulement celui qui allègue un droit de propriété, mais aussi tous ceux qui sont titulaires d'un droit réel quelconque, usufruit, gage... On l'a contesté à tort. Le législateur s'est d'ailleurs évité de préciser ; il pose la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* » sans spécifier « *vaut titre de propriété* ».

En outre, cet article mettra le possesseur à l'abri de la revendication et de toutes les actions réelles. La chose pouvait être grevée de charges, d'usufruit par exemple ; ce ne sera pas opposable à celui qui la possède de bonne foi.

Si le précédent propriétaire n'avait qu'un droit résoluble, rescindable ou annulable, le possesseur de bonne foi ne sera pas exposé à ces causes de destruction, grâce à l'art. 2.279. Les vices affectant la propriété du précédent propriétaire ne seront pas opposables au possesseur. Qu'on n'objecte pas que le possesseur aura plus de droit que son auteur, car le possesseur invoque non son titre d'ayant-cause, mais simplement sa possession, et c'est une propriété neuve, libre de toute charge, qu'il acquiert.

L'art. 2.279 n'exclut pas irrévocablement la revendication mobilière. Il est des cas où la possession, même de bonne foi, ne fait pas présumer la propriété : c'est lorsqu'elle porte sur un meuble perdu ou volé. Le possesseur de bonne foi d'un tel meuble n'en devient pas instantanément propriétaire, la victime de la perte ou du vol peut agir en revendication pendant trois ans (art. 2.279 - 2^o.) On voit ainsi réapparaître, dans ces deux exceptions les principes germaniques prescrivant la revendication mobilière, sauf en cas de perte ou de vol.

A propos de ces exceptions de l'art. 2.279, il resterait à voir quelle en est la portée exacte, à quelles personnes et à quels meubles elles sont applicables, et le régime organisé par la loi du 15 Juin 1872 pour parer à la perte des titres au porteur. Mais ces développements n'ayant aucun rapport avec notre sujet, il serait superflu de nous y attarder. Aussi nous passons immédiatement à notre dernière question : quels meubles sont soumis à l'art. 2.279.

4^o Meubles auxquels s'applique l'art. 2.279.

Ce sont les motifs que le législateur a pris en considération qui doivent nous servir à déterminer la sphère d'application de l'art. 2.279.

Comme nous l'avons déjà mentionné, cette règle a pour but d'assurer la sécurité des transactions commerciales. L'identité des meubles est, en effet, très difficile à saisir, et la transmission des effets mobiliers se fait généralement sans écrit, sans laisser de traces durables. Aucun titre ne permettra d'établir que le détenteur actuel du meuble en est le véritable propriétaire, et les acquéreurs seront obligés de croire leur vendeur sur parole. D'autre part, les transactions mobilières se font très rapidement, et il n'est guère possible à l'acquéreur de se renseigner bien exactement sur les droits de son auteur.

Toutes les fois que ces motifs se rencontreront, nous appliquerons la maxime « *en fait de meubles possession vaut titre* », sinon, c'est la solution inverse qui prévaudra.

Cet article sera donc étranger aux meubles qui ne sont pas dans le commerce, qui sont insusceptibles d'appropriation privée, tels les meubles du domaine public.

L'art. 2.279 sera également inapplicable aux meubles incorporels. C'est, d'abord, parce que ces meubles ne comportent pas de possession véritable, mais une quasi possession, et, aussi, parce que ces meubles incorporels ont une certaine identité et se transmettent par des procédés déterminés, laissant des traces. L'acquéreur peut alors vérifier les droits de son auteur et traiter en connaissance de cause. C'est le cas pour les créances : art. 1.690 du Code civil : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Ce principe reçoit cependant une exception importante concernant les créances constatées par des titres au porteur. La créance s'identifie avec le titre qui la constate, et se transmet par simple tradition, de la main à la main, comme un meuble corporel.

Nous n'appliquerons pas non plus l'art. 2.279 aux universalités de meubles, car les motifs relatés supra ne se rencontrent pas. La transmission d'une universalité se fait toujours par écrit, et ces sortes de meubles ne passent pas d'une main dans une autre avec plus de célérité que les immeubles. Il sera donc facile à l'acquéreur de se renseigner, puisque ces meubles sont toujours accompagnés de titres propres à justifier leur provenance.

Notre article ne régira pas davantage les navires et autres bâtiments de guerre, car la propriété de tels meubles se transmet par écrit. L'art. 195 du Code de commerce l'exprime formellement : La vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public ou par acte sous signature privée ».

Nous devons enfin admettre que les fonds de commerce échappent à la maxime « *en fait de meubles possession vaut titre* », car les motifs de cette règle font défaut ici. Ils ne changent pas aussi souvent de propriétaires que les autres meubles, et on peut se rendre aisément compte de leur identité. En outre leur transmission est soumise à certaines formalités, et, ordinairement on dresse un écrit. (Remarquons, toutefois, que l'écrit exigé par la loi de 1909 n'est pas une condition d'existence de la vente du fonds de commerce ; cette formalité n'est requise que pour la conservation du privilège du vendeur). Ajoutons, pour terminer, que le fonds de commerce est un meuble incorporel, et, comme tel, ne peut être soumis à l'art. 2.279.

Nous avons étudié, jusqu'à présent, le droit de suite sur les meubles envisagé au point de vue du propriétaire. Il nous reste à examiner, dans une deuxième section, ce même droit de suite en nous plaçant au point de vue des créanciers.

SECTION DEUXIÈME

Refus du droit de suite au créancier

Origine de la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque »

La seule façon d'arriver à une conciliation entre la disposition de la loi de 1909 consacrant l'existence possible d'une hypothèque sur le fonds de commerce, et l'art. 2.119 du Code civil proscrivant l'hypothèque mobilière, c'est de rechercher l'origine de l'art. 2.119, les motifs de la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », c'est-à-dire faire l'historique de l'hypothèque mobilière.

CHAPITRE I^{er}

Droits Romain et Grec

A l'origine, le droit Romain ne connaissait que les sûretés personnelles. On ne concevait pas que les biens puissent être grevés d'un droit autre que le droit de

propriété, et les seules garanties qu'on pouvait offrir au créancier étaient l'adjonction d'une ou plusieurs cautions au principal obligé.

Souvent, on éprouvait des difficultés à trouver des cautions, et on dût recourir à d'autres procédés pour se procurer du crédit. On songea à utiliser les biens comme moyen de crédit, et de là naquirent les sûretés réelles.

A Rome, les sûretés réelles apparaissent avec l'aliénation fiduciaire : le débiteur transférait à son créancier la pleine propriété du bien qu'il voulait donner en garantie. Mais, dans l'intention des parties, ce transfert n'était que provisoire ; le créancier s'engageait à retransférer la propriété au débiteur, à l'extinction de sa dette. — Ce procédé avait le grave inconvénient de priver le débiteur de l'usage de sa chose, de le mettre à la discrétion de son créancier, et d'épuiser, d'un seul coup, tout le crédit que le bien pouvait fournir à son propriétaire.

Pour remédier aux inconvénients de la fiducie on imagina un autre mode de sûreté, le *pignus* ou gage, qui affecte la possession et non la propriété. Le débiteur restait propriétaire du bien engagé, et n'était plus à la discrétion de son créancier, mais, comme dans la fiducie, il était privé de l'usage et de la jouissance de sa chose. En outre le *pignus* avait pour résultat d'épuiser en une seule fois tout le crédit qu'on pouvait retirer du bien, et d'obliger le créancier à conserver et à restituer le gage.

Dans un cas surtout, cette mise en possession du créancier était très désavantageuse pour le débiteur : c'est dans la matière des baux à ferme. Le bailleur ne consentait, en effet, à donner son fonds à un fermier qu'à la condition d'avoir des garanties pour le paiement de ses fermages. Or les ressources du fermier se réduisent

souvent à ses instruments aratoires, ses bestiaux et autres objets d'exploitation, et demander au fermier un droit de gage sur ces biens, c'était le déposséder et le mettre dans l'impossibilité de cultiver. — Même difficulté pour les baux à loyer.

On décida alors qu'on pourrait, par simple convention et sans déplacement, affecter les meubles du locataire ou du fermier en garantie des loyers et des fermages. — Cette idée fut d'abord admise pour le bail à ferme, mais il fallait donner au bailleur la possibilité de prendre possession des biens du fermier, si les fermages sont impayés à l'échéance. Un préteur, du nom de SALVIUS, créa au profit du bailleur un interdit l'autorisant à obtenir la possession des meubles du fermier, des *invecta et illata*, s'il n'est pas payé à l'échéance.

L'interdit Salvien avait une grave lacune : il était donné contre le fermier seul et non contre les tiers acquéreurs, et par conséquent ne garantissait pas le droit de suite du bailleur. — Un préteur contemporain de CICÉRON, nommé SERVIUS, décida qu'une simple convention suffirait pour créer au profit du bailleur une action réelle, action Servienne, lui permettant de se faire mettre en possession des *illata*, et d'agir même contre les tiers qui auraient traité avec le fermier. Le bailleur avait ainsi les mêmes avantages qu'un créancier fiduciaire, sans avoir l'ennui de conserver le gage, et sans priver le locataire de la possession de ses biens.

Désormais le bailleur est armé d'un véritable droit réel, avec droit de suite contre les tiers acquéreurs. On peut dire alors que l'hypothèque, ébauché avec l'interdit Salvien, existe véritablement avec l'action Servienne. Nous sommes en présence d'un droit réel, résultant d'un simple pacte, sans déplacement de possession, et portant sur des meubles. Mais cette hypothèque ne s'appliquait

qu'aux fermages ; pour arriver à l'hypothèque générale, il fallait élargir l'action Servienne : ce fut encore l'œuvre du prêteur.

La première extension consista à étendre l'action Servienne aux bailleurs de fonds urbains. Et plus tard, sous le nom d'action quasi-servienne ou action hypothécaire, on donna une action utile à tout créancier à qui une hypothèque avait été constituée par un débiteur quelconque.

L'hypothèque prend alors une nouvelle extension : on admit que le débiteur pourra grever tous ses biens, les immeubles comme les meubles, les biens corporels ou incorporels. La seule condition exigée est que la chose soit aliénable, car la vente de l'objet engagé sera souvent le résultat indispensable de l'hypothèque.

Nous voyons ainsi l'hypothèque, créée à l'occasion des baux à ferme par nécessité pratique, et ne portant à l'origine que sur les meubles, s'étendre à tous les biens du débiteur, et devenir utilisable par tout débiteur envers un créancier quelqu'il soit. C'est une action réelle qui a comme attributs essentiels le droit de suite et le droit de préférence. Le droit de suite, ou droit de méconnaître toute aliénation postérieure à l'établissement de son droit, et permettant d'agir contre tout détenteur pour obtenir la possession du bien, grâce à l'action Servienne ou hypothécaire. — Le droit de préférence, ou droit de passer avant tous les créanciers postérieurs même hypothécaires, et de se payer sur le prix de la chose hypothéquée avant tous les autres, conformément à la règle « *prior tempore potior jure* ».

Tous les meubles sont-ils susceptibles d'hypothèques en droit romain ? Nous savons déjà sur quoi porte l'hypothèque du bailleur. La garantie du bailleur d'un fonds urbain porte sur tous les meubles garnissant les lieux

loués, même en dehors de toute convention expresse, car cette clause est sous-entendue dans tous les contrats de louage. Pour le bailleur d'un fonds rural, l'hypothèque conventionnelle pouvait comprendre tous les biens apportés par le fermier, les *invecta et les illata*; l'hypothèque tacite ne portait au contraire que sur les fruits, non sur les meubles placés sur le fonds.

L'hypothèque des meubles était en somme très légitime, puisqu'en droit Romain on pouvait revendiquer les meubles, comme les immeubles, entre les mains de tout tiers détenteur. Mais, en pratique, beaucoup de difficultés devaient en résulter. Un possesseur de bonne foi sera exposé à tout instant à se voir dépouiller par un créancier hypothécaire agissant en vertu de son droit de suite. Ce sera d'autant plus fâcheux pour le possesseur, que la constitution d'hypothèque se fait par simple pacte, en dehors de toute publicité, et qu'il sera matériellement impossible à un acquéreur de se renseigner sur les droits de son auteur. On ne pouvait, du reste, organiser une publicité quelconque en raison de la nature très variable des meubles, et de la difficulté qu'on aurait à reconnaître des effets mobiliers au milieu d'objets analogues.

Notons qu'à côté de l'hypothèque des meubles corporels, il existe à Rome celle des meubles incorporels, des créances (*pignus nominis*): conséquence du principe que tout ce qui peut être vendu est susceptible d'hypothèque. Le débiteur de la créance ne pouvait alors se libérer qu'entre les mains du créancier hypothécaire, et ce dernier, s'il n'était pas payé par son propre débiteur, pouvait soit céder la créance, soit en exiger le paiement, si elle était exigible.

En cas d'hypothèque générale, sans clause restrictive, tous les biens du débiteur, meubles et immeubles,

présents et à venir, sont frappés par l'hypothèque, sauf toutefois certains meubles à raison de leur destination spéciale, tels les vêtements, les objets nécessaires à la vie et d'un usage journalier... A part ces restrictions, tous les biens du débiteur étaient soumis aux droits du créancier hypothécaire, et notamment à son droit de suite.

Le droit grec admettait aussi sans contredit l'hypothèque mobilière.

Comme sûreté réelle, les Grecs connurent tout d'abord la « *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* », sorte de vente à reméré, consistant à transférer la propriété d'un bien au créancier, avec faculté pour le débiteur de le reprendre à l'échéance en payant le prix. Ce procédé était analogue à l'aliénation fiduciaire romaine et en présentait tous les inconvénients ; le débiteur était privé de l'usage et de la jouissance de sa chose, était à la discrétion de son créancier et avait épuisé tout le crédit que son bien pouvait lui fournir.

On voit alors apparaître de bonne heure deux autres garanties, le gage et l'hypothèque. L'hypothèque mobilière naquit des mêmes nécessités qui la firent admettre à Rome pour le bail à ferme. Cette sûreté réelle ; n'ayant à l'origine que les meubles pour objet, ne devait pas tarder à devenir générale, portant sur tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles.

L'hypothèque mobilière était encore pratiquée en Grèce dans le « *prêt à la grosse* », contrat intervenu entre des bailleurs de fonds, d'une part, et le capitaine d'un navire, d'autre part. Pour se procurer facilement des capitaux, le capitaine offrait en garantie son navire, et souvent même la cargaison : c'était évidemment un cas d'hypothèque puisque le débiteur conservait la propriété et la possession de sa chose. — Le créancier

court des risques sérieux car son gage disparaîtra avec le navire. — Si le voyage s'effectue dans de bonnes conditions, le capitaine doit rembourser sa dette dans un certain délai, sous peine de voir son navire saisi et vendu par ses créanciers.

Devons-nous admettre, comme le soutiennent certains auteurs, que l'hypothèque romaine est d'origine grecque, conséquence de ce que le droit grec a exercé à Rome une grande influence sur le développement des sûretés réelles ? C'est peu probable, car cette opinion est basée uniquement sur un argument de terminologie : le mot hypothèque est un mot grec : « ὑποθήκη ». Or, à Rome, on se sert du mot « *pignus* », à l'origine pour désigner l'hypothèque, et ce n'est guère que chez PAPINIEN et ULPIEN que le mot hypothèque se rencontre fréquemment.

CHAPITRE II

Ancien droit Français

1^o *Pays coutumiers :*

En droit germanique, l'exécution des biens d'un débiteur par son créancier est inconnu. Les Germains n'admettent que l'exécution sur la personne même du débiteur, car l'individu n'engageait pas ses biens, mais son corps. Si, à l'échéance, la dette est impayée, le créancier pouvait s'emparer de son débiteur, et exercer sur lui les voies d'exécution, c'est-à-dire le tuer, le vendre ou le réduire en esclavage. Plus tard, lorsque le

patrimoine s'est substitué à la personne physique, l'exécution sur la personne a fait place à celle sur les biens, mais seul le patrimoine mobilier peut être saisi et vendu par les créanciers. La loi salique nous en fournit la preuve dans la procédure de la « *fides facta* » par laquelle le débiteur mettait ses meubles à la discrétion du créancier.

Les immeubles restaient donc en dehors du gage des créanciers, et ne pouvaient être l'objet d'aucune saisie. Ce n'est qu'à la suite d'une longue évolution que le droit germanique reconnut l'exécution sur tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles, conformément à l'adage célèbre « *qui s'oblige, oblige le sien* ».

En droit français, l'hypothèque reste inconnue jusqu'au ^{xiii}e siècle. Les sûretés réelles en usage sont des sortes de gages, ou, plutôt, des espèces de ventes à réméré. Seuls les meubles faisaient partie du gage des créanciers. Lors même que les immeubles étaient susceptibles d'un droit de propriété individuelle et pouvaient faire l'objet d'une vente, la saisie immobilière n'en restait pas moins prohibée : « Les immeubles du débiteur n'étaient point le gage de ses créanciers. Mais avec l'aliénation volontaire du sol, s'introduisit l'habitude d'affecter tel ou tel immeuble déterminé à la sûreté d'une créance » (ESMEIN, *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français*, page 153).

On voit alors apparaître les garanties conventionnelles, portant de préférence sur les immeubles, car ils ont plus de valeur que les effets mobiliers. Ce ne sera pas encore une hypothèque, mais une espèce de gage immobilier : le créancier prendra possession du bien et en percevra les fruits jusqu'à complète satisfaction.

Sous le régime féodal, les mêmes principes sont toujours en vigueur. Le tenancier pouvait, avec le

consentement du seigneur, donner sa terre en gage. C'était du reste tout naturel puisqu'on lui reconnaissait le droit de vendre, si son seigneur l'autorisait.

Ainsi donc, jusqu'au ^{xiii}^e siècle, si les immeubles peuvent faire l'objet d'une garantie conventionnelle, c'est un gage immobilier plutôt qu'une hypothèque. Au ^{xiii}^e siècle apparaît la clause « *d'obligation* », qu'on peut considérer comme l'origine de notre régime hypothécaire. Le créancier pour s'assurer l'exécution de sa dette sur les immeubles du débiteur, exigeait de ce dernier, dans le contrat, l'autorisation de saisir et de faire vendre tous ses biens, meubles et immeubles, à défaut de paiement à l'échéance. La coutume de Beauvoisis nous en offre un exemple : « A ce tenir fermement ai-je obligé moi et mes hoirs, et tout le mien, présent et à venir, meubles et héritages, a estre justicié par quelconque justice il pleroit au dit Jehan ou à ses hoirs... et à prendre, vendre et despendre sans nul délai jusqu'à tant que li coust et li damace seroient payé » (BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvoisis, ch. xxxv, 20, II, page 49).

A côté de cette « *obligation* » générale par laquelle le débiteur donne tous ses biens en garantie, existe l'« *obligation* » spéciale, portant sur un objet déterminé. (BEAUMANOIR, Coutume de Beauvoisis, au chapitre LXX, 12, II, page 502) nous dit en effet : « Et obligations especial, si est fete en autre manière, si comme s'aucuns dist en ses lettres ; et à ce tenir fermement, j'ai obligé tex bois, tele vigne ou tel pré, seans en tel lieu ». Remarquons que les objets cités ici comme exemples de biens faisant l'objet d'une « *obligation* » spéciale sont tous des immeubles. C'est l'application d'une règle générale, et l'on ne peut pas citer d'exemple « *d'obligation* » spéciale portant sur des meubles.

Quelle est l'origine de *l'obligation* ? Certains auteurs, parmi lesquels M. ESMEIN, la font découler de l'hypothèque romaine. « Nos anciens jurisconsultes, dit ESMEIN, n'ont pas inventé de toutes pièces cette clause « d'obligation », et il n'est pas difficile de voir où ils l'avaient prise. C'était, son nom même l'indique, « *l'obligatio bonorum* », l'hypothèque conventionnelle du droit romain. Dès le début elle offre deux variétés qu'elle présentait à Rome : d'un côté « l'obligation » générale, et, d'autre part, « l'obligation » spéciale.

D'autres auteurs, au contraire, soutiennent que « *l'obligation* » a son origine dans le droit français, qu'elle est une institution de formation coutumière, sans précédent dans le droit romain. « L'obligation » est issue, dit M. BRISSAUD, de la procédure d'exécution sur les immeubles ; elle ne donne 'au créancier ni la propriété, ni la jouissance des immeubles du débiteur, mais elle le place d'avance, pour l'époque de l'échéance, dans la situation de celui qui avait obtenu un jugement condamnant le débiteur et prononçant la « *missio in bannum* » de ses biens ; l'effet de « l'obligation » en droit français est analogue » (BRISSAUD, Histoire du droit français, page 1.507, note 7).

Ce n'est pas le lieu d'étudier ici cette question, il nous suffit de l'avoir rappelée.

Lorsqu'après le ^{xiii}^e siècle, l'hypothèque fût devenue une institution courante dans notre droit, on n'admit pas qu'elle portât sur les meubles. Nous avons vu, cependant, qu'à Rome l'hypothèque pouvait être constituée sur les meubles aussi bien que sur les immeubles, et l'influence du droit romain aurait dû faire reconnaître l'hypothèque mobilière dans notre ancien droit. Sans doute nous nous trouvons en face des vieux principes coutumiers et notamment de la règle « *meubles n'ont pas*

de suite », mais, avec la Renaissance du droit romain, le champ d'application de cette règle s'est réduit peu à peu, et la revendication mobilière a triomphé malgré le droit germanique.

Pourquoi la règle « *meubles n'ont pas de suite* » est-elle restée intacte en matière hypothécaire ? Pourquoi ne pas admettre, comme à Rome, l'application du droit de suite dans toute son étendue ? Pourquoi accorder ce droit de suite au propriétaire et le refuser au créancier hypothécaire, alors que l'un et l'autre sont titulaires d'un droit réel, comportant suite et préférence ? De nombreuses explications ont été proposées.

Dans notre ancien droit, a-t-on dit, les meubles sont fort peu considérés car ils n'ont qu'une valeur minime. Les immeubles constituent la véritable richesse et donnent une sûreté très efficace au créancier, en raison de leur importance et de leur nature aisément reconnaissable. Les meubles, au contraire, dépérissent facilement et sont de mauvais objets d'hypothèques : d'une part, le débiteur peut les faire disparaître, d'autre part, ils sont en général l'objet de fréquentes transmissions et restent peu entre les mêmes mains. Il serait difficile pour un créancier de les suivre et de ne pas les confondre avec d'autres meubles semblables.

La règle « *res mobilis res vilis* » était d'un usage courant : C'est la raison invoquée par la plupart des auteurs du Moyen âge, pour expliquer l'exclusion de l'hypothèque mobilière. BOYER nous dit en effet (Coutume de Bourges, page 102) « *Hujus consuetudinis potest esse ratio, quia rerum mobilium possessio vilis et abjecta est eo quod facile perditur etiam ab ignorante quod non est in immobile* ».

Certains auteurs expliquent l'exclusion de l'hypothèque mobilière par le peu de stabilité, le défaut

d'assiette des meubles. BRODEAU, sur l'art. 170 de la Coutume de Paris, nous dit : « la vraie explication est que la maxime, qui prior tempore est potior jure, et l'hypothèque n'a lieu en matière de meubles qui n'ont point de fonds, d'assiette, de lieu certain et de subsistance solide, permanente et stable ; ains suivent le corps et la personne à laquelle ils semblent cohérens et attachez, comme j'ay traité amplement sur M. LOUËT Litt. R. num 31, et comme ils sont d'ordinaire de peu de valeur et importance en comparaison des immeubles, fonds et héritages, ainsi dit la loy horum possessio vilis et neglecta est... »

CALLÆUS, sous l'art. 153 de la Coutume de la Marche s'exprime ainsi : « ...parce que l'estimation des meubles est vile, qui est la cause qu'ils n'ont point de suite., »

DELALANDE nous donne aussi cette raison sous l'art. 447 de la Coutume d'Orléans : « La raison commune de cette maxime du droit français qu'apportent les auteurs du barreau est, disent-ils, parce que la possession des meubles est vile et passagère... »

« La raison, dit FERRIÈRE, est qu'il y aurait trop d'inconvénients d'assujettir au droit de suite les meubles qui sont si sujets à changer de mains, qu'ils peuvent, comme dit M. Charles DUMOULIN, una hora transire per centum manus ».

Ces raisons ont sans doute une très grande importance : il est tout naturel de répudier l'hypothèque constituée sur des biens de peu de valeur et sans grande stabilité, alors que les biens fonciers, les immeubles, offrent tous les caractères désirables pour être l'objet d'un droit réel avec suite et préférence.

Mais ces raisons sont-elles suffisantes ? Il semble qu'on puisse fournir d'autres arguments encore plus décisifs. Si l'on avait autorisé l'hypothèque mobilière,

la sécurité du commerce aurait été très compromise. Les meubles, étant de par leur nature essentiellement variables, faisant l'objet de fréquentes transactions, et se transmettant de main à main, sans laisser de traces ne permettaient guère à un acquéreur de se renseigner exactement sur les droits de son vendeur. Le défaut d'identité des meubles faisait obstacle à toute mesure de publicité, et un tiers détenteur de bonne foi était exposé à chaque instant à voir surgir un créancier hypothécaire, et être dépouillé de son meuble. Ce serait ainsi créer une sérieuse entrave au commerce, car nul ne voudrait acheter une chose dont il pourrait être privé d'un moment à l'autre.

Nos vieux auteurs nous le disent formellement : BRODEAU, sous l'art. 170 de la Coutume de Paris, prétend que le gage seul est applicable aux meubles : « si l'on en usoit autrement, le commerce des meubles et choses mobilières, qui entretient principalement la société civile, dans laquelle ils changent souvent de main et de lieu, sans que l'on en fasse aucun acte par escript, seroit grandement incommode, et du tout interdit et aneanty ».

De même DELALANDE (Coutume d'Orléans, sous art. 447) : « Je la croirais plutôt introduite, à cause que tous actes notariaux portans hypothèques suivant l'usage du royaume, si les meubles avoient suite, comme ils sont de nature à changer souvent de main, le libre commerce en seroit empêché par la crainte qu'auroit l'acheteur d'être évincé par l'action hypothécaire ».

Telles sont les raisons qui firent rejeter l'hypothèque sur les meubles. Mais notre ancien droit n'a-t-il jamais admis l'hypothèque mobilière ? La règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » a-t-elle toujours été en vigueur ?

Nous avons vu que jusqu'au ^{xiii}^e siècle l'hypothèque était inconnue. Les créanciers n'exerçaient leurs droits que sur les meubles et sur les fruits des immeubles. Le gage était la seule garantie en usage. Au début du ^{xiii}^e siècle, la première idée de l'hypothèque apparut sous la forme de la clause d' « *obligation* ». Plus tard on décide que l'acte notarié emporte obligation sur tous les biens du débiteur : conséquence de la généralisation de la clause d' « *obligation* » qui, devenue de style dans les actes notariés, finit par être sous-entendue.

L'hypothèque résultait ainsi de plein droit de tout acte notarié. LOYSEAU nous dit en effet : « Et encore en France, on a bien passé plus outre : car pour ce qu'en tous les contrats, par un style ordinaire des notaires, on s'est accoutumé d'insérer la clause d' « *obligation* » de tous les biens, on a enfin tenu pour règle, que tous les contrats portaient hypothèque sur tous les biens, comme ceste clause étant sous-entendue, si elle avait été obmise. » (Du Déguerpissement. III. ch. I, § 5).

Notons qu'aux ^{xiii}^e et ^{xiv}^e siècles le sens du mot hypothèque était un droit de gage général du créancier sur tous les biens de son débiteur. C'est ce que nous affirme Claude LIGER (nos 1.097 et 1.101) : « Ypotheque est une obligacion générale, contenant une convention de gaige sans tradicion promise et accordée de son débiteur à son créditeur en seurté de la debte... Ypotheque est de telle nature, selon la coustume dudit païs, que quand le créancier requiert exécution sur son débiteur de ce qui lui est deu et qui appert par lettres obligatoires, la justice doit tenir en maint de court des biens de l'obligé jusques à la vailleure de la debte... »

L'hypothèque de notre ancien droit se séparait nettement de l'hypothèque romaine, en ce qu'elle ne conférait pas un droit de préférence au profit du

créancier. Tous ceux dont la dette était échue, pouvaient saisir les biens de leur débiteur et se faire payer au marc le franc : Quant aucuns s'est obligiés par lettres ou par conuënances à plusors créanciers, et il n'a pas assez vaillant pour payer et li créanciers sont plaintifs. Li mueble et li héritage au débiteur doivent estre pris et vendus et païés aux créanciers à le livre, selon que la dette est grans. Mais ce, entendons-nous, quand les termes des dettes sont tous passés. (BEAUMANOIR, Coutume de Beauvoisis, titre 34, 51).

Par cōtre, cette hypothèque entraînait droit de suite au profit du créancier. Mais si ce droit permettait à son titulaire de suivre les immeubles de son débiteur, et de les saisir même entre les mains de tiers acquéreurs, il ne l'autorisait pas à inquiéter les tiers acquéreurs de meubles. Le créancier ne pouvait plus rien sur les meubles de son débiteur, dès qu'ils étaient sortis de son patrimoine, autrement dit le droit de suite du créancier hypothécaire était supprimé en matière mobilière. C'est désormais le sens qu'il faut donner à la règle « *meubles n'ont pas de suite* ».

Comme nous l'avons déjà mentionné, la règle « *meubles n'ont pas de suite* » posait jadis le principe de l'exclusion de la revendication mobilière. Lorsqu'aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, sous l'influence des idées romaines, nos coutumes admettent la revendication des meubles, cette règle continue à être citée, mais elle ne vise plus que le cas d'hypothèque. Aussi lui adjoint-on les mots « *par hypothèque* ».

La règle ainsi formulée ne supprimait pas l'hypothèque sur les meubles ; elle en restreignait simplement la portée : Le créancier hypothécaire conservait bien son droit de préférence sur les meubles restés entre les mains de son débiteur, mais sitôt que les meubles

étaient tombés en la possession d'un tiers, celui-ci en devenait propriétaire, et n'avait pas à redouter les poursuites du créancier. L'hypothèque mobilière entraînait donc le droit de préférence, mais n'était pas munie du droit de suite. Tel est le sens que nous devons donner à la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

C'est du reste l'avis de BOUTELLER (somme rural. I, tome xxv, page 136) : « Si seachiez que obligation sur biens meubles ne contrainet ne lye l'obligié que s'il demeure en la possession de ses biens, sans que ce soit par auctorité de loy et par inventaire sur ce fait. »

Même idée dans les « Coutumes notoires » (art. 23) « meuble n'a point de suyte, et la coustume est vraye en cas que par exécution aucun créancier aurait vendu et livré les biens de son obligé, sans opposition pour sa debte, ils ne pourront être suivis sur l'acheteur. »

Il est à remarquer que la maxime « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » ne reçoit application que lorsque le tiers acquéreur est de bonne foi. Si l'acheteur a été complice de la fraude, les créanciers peuvent saisir les objets vendus, comme s'ils étaient encore en la possession de leur précédent propriétaire. — Ne voyons pas là un effet de l'action hypothécaire ; c'est plutôt un souvenir des idées romaines sur l'action paulienne, car ce droit de poursuite n'est pas seulement reconnu aux créanciers hypothécaires, mais à tous les créanciers du vendeur, même chirographaires.

Aux ^{xiv}e et ^{xv}e siècles, le sens de la règle « *meubles n'ont pas de suite* » n'est donc pas douteux : l'hypothèque reste possible sur les meubles mais elle n'entraînera jamais droit de suite au profit du créancier. Et lorsqu'en 1453, Charles VII, par l'ordonnance de Montil-les-Tours, ordonne la rédaction officielle de toutes les coutumes,

nous retrouvons notre règle reproduite partout sous la même forme.

Dès le ^{xvii} siècle on constate que cette maxime a deux significations bien différentes.

Certaines coutumes conservent à la règle son ancienne signification. Si le créancier hypothécaire ne peut suivre le meuble entre les mains d'un tiers acquéreur, en vertu de son droit de préférence, il se payera sur le prix des meubles restés en la possession du débiteur, avant tous les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs en date.

D'après plusieurs autres coutumes, la règle précitée, contiendrait la prohibition de l'hypothèque sur les meubles, tant pour le droit de préférence que pour le droit de suite. Ce deuxième sens prédomine bientôt, et c'est désormais la signification qu'il faut donner à la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

L'art. 447 de la coutume d'Orléans est très précis : « Meubles n'ont point de suite par hypothèque, en manière que celui des créanciers qui premier fait des diligences par exécution, ou arrêt sur les meubles de son débiteur, est à préférer à tous créanciers postérieurs en diligence, supposé qu'ils fussent précédens en hypothèque : sinon qu'il y ait déconfiture ou privilège ». POTHIER est également du même avis (Coutume d'Orléans. III. page 407) : « Les meubles non seulement n'ont pas de suite et, pour cette raison, ne peuvent être poursuivis contre des tiers lorsqu'ils ont cessé d'appartenir au débiteur, mais ils ne sont pas susceptibles du droit d'hypothèque, si ce n'est du nantissement qui se contracte par la tradition, et du gage judiciaire qui s'acquiert par le créancier par la saisie-exécution ou arrêt qu'il fait des meubles de son débiteur... Celui-là est préférable à tous quoiqu'ils fussent précédents en hypothèque, la

raison en est que le débiteur, en contractant avec eux sous l'hypothèque de ses biens, ne leur a donné ce droit d'hypothèque que sur ses immeubles et non sur les meubles qui n'en sont pas susceptibles. »

Les termes de la coutume de Paris laissent supposer au premier abord, qu'elle ne rejette pas l'hypothèque mobilière, se contentant de supprimer le droit de suite. L'art. 170 porte en effet « Meubles n'ont point de suite par hypothèque quand ils sont hors la possession du débiteur ». Mais en réalité la coutume de Paris admet les mêmes principes que la coutume d'Orléans : tous les commentaires faits sur cet art. par les anciens auteurs prouvent clairement que la coutume de Paris bannissait l'hypothèque mobilière. FERRIÈRE, par exemple, est très catégorique (sur l'art. 170. II. page 1.169) : « On n'a jamais dit dans le païs coutumier, qu'on pût, suivant le droit romain, valablement hypothéquer un meuble, à l'effet d'avoir suite par hypothèque contre un tiers ; ny que telle convention puisse produire une hypothèque sur le meuble hypothéqué, même spécialement à l'égard des autres créanciers ; de sorte que le créancier qui se ferait réserver une hypothèque sur le meuble pût avec raison prétendre préférence sur iceluy à tous autres créanciers. » Comment devons-nous alors comprendre l'étrange rédaction de l'art. 170 ? C'est M. VALETTE qui nous donne la clef de cette difficulté (Revue du droit français 1845. II. page 367) : « Il signifie que nul titre, fût-il authentique, ne confère au créancier le droit d'exécution forcée sur les meubles transférés à des tiers par le débiteur, à la différence des immeubles sur lesquels le droit d'exécution subsiste même à l'encontre des tiers acquéreurs, et ce, avec droit de collocation par préférence, suivant la date des titres authentiques. »

Notons que, comme par le passé, la règle « *meubles n'ont pas...* » ne protégera que les tiers acquéreurs de

bonne foi. Si la plupart des coutumes sont muettes à ce sujet, il faut néanmoins reconnaître que notre ancien droit, sous l'influence du droit romain en matière d'action paulienne, a certainement dû secourir le créancier contre les fraudes de son débiteur et la complicité du tiers acquéreur. Plusieurs coutumes sont d'ailleurs formelles en ce sens, notamment celles de Melun (art. 313) d'Auxerre (art. 170), de Sedan (art. 273).

La maxime « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » n'avait pas une portée absolue. Notre ancien droit y avait apporté quelques exceptions. Nous ne citerons que la plus importante, tirée de la coutume de Paris : c'est l'exception relative au droit de suite du bailleur d'immeubles sur les biens de son locataire ou fermier, pour assurer le paiement de ses loyers ou fermages. Tandis qu'en droit romain l'hypothèque tacite du bailleur d'un fonds rural ne portait pas sur les *invecta et les illata*, dans notre ancien droit l'hypothèque du bailleur d'immeubles porte indistinctement sur tous les meubles garnissant les lieux loués.

Ce droit n'avait pas toujours été reconnu au propriétaire. BEAUMANOIR constate que tant que les meubles garnissent la maison ou la ferme, le bailleur peut les faire saisir et exercer son privilège, mais s'ils ont été emportés au loin, le droit de gage du propriétaire est perdu : le bailleur n'a plus qu'une action personnelle contre le locataire. Un semblable système avait de sérieux inconvénients pour le propriétaire, aussi notre ancien droit sentit la nécessité d'y remédier. On accorda un droit de suite au bailleur d'abord au cas où les meubles ont été soustraits de nuit ou clandestinement, puis, sous l'influence du droit romain, on l'admit dans tous les cas.

Au xvi^e siècle le droit de suite du bailleur n'est plus contesté ; la coutume de Paris l'exprime en ces termes (art. 171) : » Toutes fois les propriétaires des maisons seises est villes et faux-bourgs et fermes des champs, peuvent suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers executez, encore qu'ils soient transportez, pour estre premiers payez de leurs loyers ou maisons, et iceux arrester, jusqu'à ce qu'ils soient vendus et délivrés par autorité de justice ».

Ce droit de suite reconnu par la coutume de Paris ne permet pas au bailleur d'exercer la revendication, car la revendication suppose un droit de propriété, or le bailleur n'est pas propriétaire des meubles de son locataire. Par l'exercice de son droit de suite, le bailleur demande simplement le rétablissement de l'état antérieur, la quasi-possession des meubles, qui lui garantissait le paiement de ses loyers ou fermages.

2^o *Pays de droit écrit :*

Les Romains distinguaient nettement le possessoire du pétitoire et admettaient la revendication mobilière. Nos pays de droit écrit, se conformant aux principes romains, acceptèrent la revendication mobilière et, comme conséquence naturelle, l'hypothèque sur les meubles avec tous ses attributs, droit de suite et droit de préférence.

BRETONNIER nous le dit formellement : « En droit, les meubles sont susceptibles d'hypothèque aussi bien que les immeubles ; non seulement ils se distribuent par ordre d'hypothèque lorsqu'ils sont encore en la possession du débiteur, mais ils peuvent être suivis lorsqu'ils passent entre les mains d'un tiers... Dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, autrefois la disposition du droit était gardée ; mais à présent... »

Dès le ^{xv}^e siècle, cependant, l'influence des pays de coutume commence à se faire sentir ; la revendication mobilière est écartée, et on finit par adopter la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », entendue en ce sens que l'hypothèque mobilière est toujours possible, mais ne sera pas munie du droit de suite.

C'est le système des pays de droit écrit du parlement de Paris, puis du parlement de Toulouse, de Bordeaux et de Rouen. » En Normandie nous suivons une jurisprudence moyenne entre le droit romain et la coutume de Paris ; le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé, et dont il a disposé sans fraude, n'a point de suite par hypothèque, comme il avait par les lois romaines ; mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur, l'ordre des hypothèques est conservé. Nous avons retranché les inconvénients que le droit Romain faisait naître en donnant suite par hypothèque sur les meubles que le débiteur avait vendus ; car il était rigoureux que les meubles changeant souvent de mains, l'on pût toujours être poursuivi par les créanciers de celui de qui on les aurait eus, ce qui privait un débiteur de disposer de cinq sols de meubles. » (BASNAGE. Traité des hypothèques. ch. ix).

Plus tard, enfin, les principes coutumiers triomphaient définitivement dans les pays de droit écrit qui proscrivaient l'hypothèque sur les meubles en vertu de la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ». L'ordre des créanciers sur les meubles ne sera plus réglé par l'ordre des hypothèques, mais par la date des saisies. La théorie romaine succombait ainsi devant la tradition coutumière.

CHAPITRE II

Système du Code civil

La règle que nous avons vue s'élaborer dans notre ancien droit devait passer dans notre Code civil, sous sa forme ancienne et sans commentaire. Les raisons qui l'avaient faite admettre jadis se retrouvaient à peu près les mêmes lors de la discussion du Code. La propriété mobilière n'avait pas encore une grande importance, et les immeubles seuls paraissaient susceptibles d'offrir des garanties suffisantes. En outre les meubles étaient difficiles à suivre, en raison de leur défaut de stabilité et de la fréquence de leurs transmissions. Reconnaître un droit de suite sur les meubles serait entraver sérieusement la circulation des biens.

« On fait très sagement, dit PORTALIS, d'écarter des affaires de commerce les actions revendicatoires, parce que ces sortes d'affaires roulent sur des objets mobiliers qui circulent rapidement, qui ne laissent aucune trace, et dont il serait presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité ».

Ce sont, du reste, les raisons qui ont fait écarter, dans l'art. 2.279, la revendication mobilière ; et admettre un droit de suite sur les meubles par hypothèque, ce serait porter atteinte à l'art. 2.279. Il aurait été illogique d'accorder au créancier hypothécaire un droit qu'on refusait au propriétaire.

D'autre part, si l'art. 1.166 du Code civil permet aux créanciers d'agir au nom de leur débiteur, les créanciers ne sauraient certainement prétendre à plus de prérogatives ; et si un individu ne peut ressaisir son meuble passé entre les mains d'un acquéreur de bonne

foi, ses ayant-cause ne peuvent avoir plus de droit et exercer un droit de suite sur ce meuble, sauf le cas de l'art. 1.167 du Code civil consacrant l'action paulienne.

On peut d'ailleurs donner, de nos jours, une raison supplémentaire à la prohibition de l'hypothèque mobilière. Tout acte constitutif d'hypothèque est entouré de certaines formalités de publicité, destinées à prévenir les tiers et assurer la sécurité des transactions. Un régime de publicité était évidemment impraticable en matière mobilière, car les meubles n'ont pas d'identité ni de stabilité.

Le législateur de 1804 avait donc des raisons très légitimes pour exclure l'hypothèque sur les meubles. C'est ce qu'il a fait dans l'art. 2.119. Cette solution résulte aussi de l'art. 2.114 qui définit l'hypothèque « un droit réel sur les immeubles » et de l'art. 2.118 conçu en ces termes : « Sont *seuls* susceptibles d'hypothèques : 1^o les biens *immobiliers* qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; 2^o l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée ». Il paraît alors hors de doute que l'art. 2.119 entend la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » en ce sens que les meubles ne peuvent être hypothéqués, conformément à la tradition coutumière, et en particulier à l'art. 447 de la Coutume d'Orléans.

Mais si telle est la signification de l'art. 2.119 du Code civil, quelle utilité y avait-il à édicter cet article, et à reproduire ce que venaient de dire très clairement les art. 2.114 et 2.118 ? Nous devons en effet reconnaître, avec M. PLANIOL et bon nombre d'auteurs, que l'art. 2.119 est inutile et pourrait parfaitement être retranché. Ce n'est, du reste, pas un cas isolé dans le Code civil, et souvent des articles ne font que répéter ce que d'autres ont déjà dit. Pareille redondance se retrouve d'ailleurs dans la loi du 9 Messidor an III dont

l'art. 5 porte : « Sont seuls susceptibles d'hypothèques :
1^o La propriété des biens territoriaux... ; l'usufruit des
mêmes biens... ». Puis il ajoute : « à l'égard des biens
meubles, ils ne peuvent être l'objet d'aucune hypothèque ». Or, comme le constate M. VALETTE (*Revue de droit
français et étranger*, 1845, II, page 365) : « Il faut bien
avouer que dans la loi de l'an III, cette redondance
est encore plus extraordinaire que dans le Code civil.
Là, en effet, elle se montre sans détour et dans toute
sa naïveté ; ici, au contraire, elle se glisse, pour ainsi
dire, à l'abri d'une formule consacrée depuis des siècles
et devenue comme un axiome de droit tellement usuel,
que sa place était en quelque sorte assurée, dans une
loi faite par des praticiens sur l'hypothèque ».

Il paraît donc certain que le Code civil n'a pas
voulu adopter le système de l'hypothèque mobilière
imparfaite, conférant le droit de préférence et non le
droit de suite. Il suffit pour s'en convaincre définitive-
ment de rappeler un passage de M. BIGOT-PRÉAMENEU
dans l'exposé des motifs du régime hypothécaire dans
le projet du Code civil : « On avait en général reconnu
qu'il était très difficile, ou le plus souvent impossible,
de suivre les meubles dans les mains de tierces per-
sonnes auxquelles le débiteur les avait transmis. Cette
sorte d'hypothèque a été reconnue comme nulle, ou
comme moins utile que nuisible au créancier, à cause
de la difficulté de l'exercer. De là cette règle que « meu-
bles n'ont point de suite par hypothèque », règle regardée
comme si raisonnable que, dans les divers projets de
lois qui sont présentés, on la conserve ». FENET, XV,
page 226).

Certains auteurs ont cependant essayé de donner
une signification propre à l'art. 2.119. Sans doute les
meubles ne peuvent être hypothéqués principalement :

les art. 2.114 et 2.118 le prohibent formellement. Mais lorsqu'ils sont joints comme accessoires à un fonds, et sont devenus immeubles par destination, l'hypothèque qui grèvera le fonds les atteindra à titre d'immeubles. Une fois séparés du fonds, ils reprennent leur caractère de meubles ordinaires, et, s'ils sont vendus, les créanciers hypothécaires ne pourront exercer leur droit de suite. Ainsi s'expliquerait tout naturellement l'art. 2.119.

Cette interprétation ne manque pas d'ingéniosité, mais n'est certainement pas la pensée du législateur. Rien dans les travaux préparatoires, ou dans la discussion du projet du Code, ne permet de donner ce sens à l'art. 2.119. On ne peut admettre que les rédacteurs du Code, rapportant mot pour mot une règle de notre ancien droit, aient voulu lui donner une signification qu'elle n'avait jamais eue. D'ailleurs, même interprété de cette façon, l'art. 2.119 n'en resterait pas moins inutile, car si le meuble, immobilisé par destination, reprend sa nature mobilière à la suite d'une séparation, il retombe sous l'application de l'art. 2.118, et l'art. 2.119 n'a pas à s'en expliquer.

Le sens de l'art. 2.119 est donc bien précis : l'hypothèque ne peut porter sur les meubles, ni quant au droit de préférence, ni quant au droit de suite. Cette règle s'applique aussi bien aux meubles corporels qu'aux meubles incorporels, « par leur nature ou par détermination de la loi » pour employer les termes de l'art. 527 du Code civil. L'art. 2.119 ne fait aucune distinction.

Nous relevons ainsi une différence avec l'art. 2.279 « *en fait de meubles possession vaut titre* », qui a un domaine moins étendu, et ne concerne pas les meubles incorporels, tels que les rentes ou les créances.

Exceptions à la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

Se conformant aux principes de notre ancien droit, l'art. 2.102 du Code civil accorde au bailleur d'immeubles un privilège sur les meubles qui garnissent les lieux loués. Si on appliquait le droit commun, le droit du bailleur devrait s'éteindre au moment où les meubles passent à des tiers acquéreurs de bonne foi. Ce système serait très préjudiciable au bailleur, qui se verrait privé de sa seule garantie pour le paiement de ses loyers et fermages. De là l'exception introduite en sa faveur, et lui permettant d'exercer son privilège même au cas de déplacement des objets, sans son consentement, hors de la maison ou de la ferme louée. Le délai accordé au bailleur pour agir, en vertu de son droit de suite, est de quarante jours, si les meubles ont été enlevés d'une ferme, et de quinze jours, s'ils ont été enlevés d'une maison.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette exception de l'art. 2.102, car elle importe peu à notre matière. Ce qui nous intéresse surtout, ce sont les deux exceptions apportées à la règle prohibant l'hypothèque mobilière par les lois du 10 Décembre 1874 et du 10 Juillet 1885 organisant l'hypothèque maritime, et la loi du 30 Avril 1906 sur les warrants agricoles.

1^o *Hypothèque maritime :*

La loi du 10 Décembre 1874 a dérogé profondément au principe que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. En instituant l'hypothèque sur les navires, cette loi les rendait susceptibles non seulement d'un droit de suite, mais aussi d'un droit de préférence. Les motifs de cette innovation étaient du reste très légitimes.

La nécessité d'organiser une sûreté efficace pour se procurer du crédit se faisait vivement sentir. Sous l'empire du Code de commerce les moyens de crédits maritimes étaient, en effet, bien rudimentaires. Sans doute les art. 190 et suivants du Code de commerce offraient à tous les créanciers un droit de suite sur le navire et consacraient l'existence de plusieurs créances privilégiées : le navire restait néanmoins insuffisant comme instrument de crédit.

Quant aux art. 2.071, 2.073 et 2.076 du Code civil, ils étaient impraticables : le nantissement exigeait la mise en possession du créancier, et on ne pouvait guère songer à dépouiller l'armateur de son navire : c'eût été lui empêcher d'exercer sa profession.

D'autre part, les navires, pour satisfaire aux exigences d'un commerce toujours plus intense, se sont perfectionnés tant au point de vue de la rapidité qu'au point de vue de la solidité. Le prix de revient est nécessairement plus élevé, et leur acquisition suppose des capitaux considérables. Souvent ce ne sera que par l'emprunt qu'on pourra couvrir ces sommes, et l'armateur sera tout naturellement amené à offrir son navire en garantie.

Il y avait donc une lacune à combler ; plusieurs moyens furent proposés en pratique.

On chercha tout d'abord à organiser le nantissement sans dépossession : Le débiteur se contentait de remettre au créancier les titres de propriété du navire, et l'acte de nantissement était mentionné sur les registres de la douane. Il suffira aux tiers de consulter les registres pour ne pas être trompés. Ce procédé était irréalisable, car l'art. 226 du Code de commerce décidé que « le capitaine est tenu d'avoir à son bord l'acte de propriété du navire... ». L'armateur ne pouvait donc se dessaisir de ses titres sous peine de ne pouvoir naviguer.

Un procédé plus usité était la vente simulée du navire. L'emprunteur vendait son navire à son bailleur de fonds, mention en était faite sur les registres de la douane, et, par contre lettre, le créancier s'engageait à revendre le navire à l'emprunteur après entière satisfaction. C'était en somme l'aliénation fiduciaire des Romains.

Il y avait là encore de sérieux inconvénients et, entre autres, la responsabilité imposée par l'art. 216 du Code de commerce à tout propriétaire de navire : Véritable propriétaire à l'égard des affréteurs, le créancier était, en effet, responsable « des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition ».

On voit ainsi que tous les moyens organisés par la pratique, grâce à une jurisprudence bienveillante, pour faire du navire un instrument de crédit, ne pouvaient guère donner satisfaction complète, en raison des inconvénients qui pouvaient en résulter. Une loi était nécessaire pour permettre à l'armateur de se procurer de l'argent, tout en conciliant les intérêts du créancier, par une garantie sérieuse, et des tiers, par des mesures de publicité efficaces.

L'hypothèque était le meilleur moyen qui s'offrit au législateur. Sans doute, d'après le Code civil, les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèques, mais les raisons qui ont motivé l'exclusion de l'hypothèque mobilière ne sont pas applicables aux navires. Les navires se détériorent difficilement, ont une identité, une assiette fixe et peuvent ainsi faire l'objet de mesures de publicité. D'après la loi du 27 Vendémiaire an II, les navires ont un état civil et un domicile, résultant de la déclaration que doit faire tout constructeur au bureau de la douane du lieu de construction.

Comme le fait remarquer BAUDRY-LACANTINERIE « L'acte de francisation, qui partout et toujours les accompagne, leur donne à la fois un état civil et une situation, les mutations de propriété en sont constatées avec certitude. La publicité, qui est la base de notre régime hypothécaire, peut être assurée sans peine, il n'y a pas dès lors de motifs pour ne pas permettre de les hypothéquer » (BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES : Du nantissement... II, page 62),

Toutes ces raisons furent prises en considération par le législateur, et, le 10 Décembre 1874, une loi instituait l'hypothèque maritime, loi qu'est venue remplacer celle du 10 Juillet 1885.

Il était de toute nécessité d'organiser, pour cette hypothèque, un système de publicité, car la publicité est le principe dominant de notre régime hypothécaire actuel. La loi de 1874 y avait déjà pourvu, et la loi de 1885 le rappelle dans son art. 6 : « l'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction, ou du bureau dans lequel le navire est immatriculé, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation ». A la différence des immeubles, l'inscription ne s'opère donc pas au bureau du conservateur des hypothèques, mais au bureau des douanes, ce qui est du reste très logique.

Ainsi constituée, l'hypothèque maritime confère au créancier le droit de préférence et le droit de suite. Le droit de préférence, permettant au créancier de se payer sur le prix du navire avant les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs, conformément à la règle « prior tempore, potior jure » ; comme en matière immobilière c'est la date des inscriptions qui

règlera l'ordre des créanciers. Le droit de suite, ou droit de saisir le navire en quelques mains qu'il passe.

Sans doute les créanciers chirographaires ont aussi un droit de suite sur le navire, mais tandis que le droit des créanciers hypothécaires dure autant que l'hypothèque dont il résulte, le droit des autres créanciers disparaît dès que le navire a fait un voyage en mer, au nom d'un autre propriétaire et sans opposition des créanciers. Ce droit de suite des créanciers hypothécaires sur le navire est analogue à celui qui porte sur les immeubles, et s'éteint par les mêmes causes.

2° *Les warrants agricoles :*

C'est encore une exception à la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

L'agriculteur, aussi bien que le commerçant et l'industriel, a besoin de capitaux parfois considérables, non seulement pour subvenir aux premiers frais de son exploitation (outils, machines, bestiaux, engrais...), mais aussi pour lui permettre de parer aux mauvaises récoltes ou d'attendre un moment favorable pour la vente de ses produits. Or, ces avances font souvent défaut à la plupart des cultivateurs, c'est au crédit qu'il faut recourir.

Jusqu'à ces dernières années, les moyens de crédit avaient manqué à l'agriculteur. Les bailleurs de fonds refusaient toute avance aux cultivateurs, ceux-ci étant dans l'impossibilité d'offrir des garanties sérieuses. Le petit agriculteur n'est généralement que simple locataire des terres qu'il cultive, et n'ayant pas d'immeubles il n'a pas de crédit. Il est bien propriétaire de sa récolte, mais, sous l'empire du Code civil, il ne pouvait guère l'offrir en garantie. Le seul procédé possible était la remise au créancier de la possession réelle et effective, conformément à l'art. 2.076. Cette formalité était évidemment très gênante : d'une part, le prêteur ne sera

pas toujours organisé pour recevoir son gage, c'est-à-dire pour enmagasiner la récolte du débiteur, d'autre part, les récoltes ayant très souvent besoin de soins presque journaliers (le vin par exemple), et aucun créancier ne voudra se résigner à un tel entretien.

Il fallait donc trouver un moyen de crédit pour le débiteur qui lui permit d'engager sa récolte, sans en être dépossédé.

Les magasins généraux pouvaient offrir des avantages, mais ce dépôt entraînait des frais pour l'agriculteur : droits à payer, frais de transports... L'hypothèque, telle qu'elle existe chez nous, n'était guère praticable. Comme le rapporte M. CHASTENET : « l'hypothèque, avec sa législation bâtarde et surannée, ses formalités compliquées et sa procédure onéreuse, ne peut guère s'adapter qu'à des prêts de longue échéance, et elle aboutit trop souvent à la ruine et non au relèvement des débiteurs » (J. Off., Doc. parl., année 1898, annexe 2.869).

La loi du 18 Juillet 1898, modifiée par celle du 30 Avril 1906, devait enfin assurer le crédit au cultivateur par la création du warrant agricole.

Quelle est la nature juridique du warrant agricole ? Il paraît à peu près certain, d'après les termes mêmes de la loi et les travaux préparatoires, que le législateur de 1906 a voulu faire du warrant agricole un gage, mais un gage d'une nature particulière, un gage sans dépossession. Or, nous avons suffisamment exposé, à propos du nantissement des fonds de commerce, que la dépossession du débiteur est de l'essence même du gage. Pas de gage sans dépossession.

En réalité le warrant agricole est une véritable hypothèque mobilière, dépourvue du droit de suite. A part cette différence, le warrant agricole est en tous

points semblable à l'hypothèque des immeubles et à l'hypothèque des navires.

C'est l'avis de bon nombre d'auteurs et notamment de PLANIOL (tome II. n° 2,710) : « La loi de 1906 leur permet (aux agriculteurs) d'emprunter sur les principaux produits de leur exploitation, sans s'en dessaisir, ou, pour employer le langage nouveau, de les warranter à domicile. Cette loi a donc constitué une troisième hypothèque mobilière sans lui en donner le nom ; elle appelle gage, le droit du créancier, et warrant le titre qui le constate ». Et plus loin (n° 2,714) le même auteur donne la raison de l'absence du droit de suite : « les produits agricoles sont des meubles corporels qui circulent de mains en mains par simple tradition, et la nouvelle hypothèque mobilière créée sur eux ne peut être qu'incomplète : elle donne le droit de préférence, elle ne donne pas le droit de suite. La maxime de l'art. 2.119 a repris pour elle son sens primitif ».

Le warrant est un titre à ordre, constatant l'affectation des récoltes. La publicité résultera de la transcription du warrant sur un registre spécial tenu au greffe de la justice de paix du canton où se trouvent les objets à warranter.

Comme le créancier hypothécaire, le créancier porteur d'un warrant a un droit de préférence sur le prix provenant de la vente des marchandises, mais il n'a pas le droit de suite : si l'emprunteur a vendu et livré ses récoltes, le créancier ne peut les saisir entre les mains des tiers acquéreurs, car l'art. 2.279 reçoit son application. Le créancier est donc à la merci de son emprunteur et risque de voir disparaître son gage : La loi a cherché à éviter cet inconvénient, par des pénalités contre l'emprunteur qui détournerait ou dissiperait volontairement les objets warrantés.

3^o *Les fonds de commerce :*

Nous devons encore citer les fonds de commerce comme troisième exception à la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ». C'est ce qui résulte des lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 Mars 1909, qui, en organisant le nantissement des fonds de commerce, instituent une véritable hypothèque mobilière.

R É S U M É

Nous pouvons ainsi nous rendre compte par tous ces développements, que le droit de suite reconnu sur les fonds de commerce par la loi de 1909 est très légitime.

Sans doute le fonds de commerce est un meuble, et admettre un droit de suite, c'est se mettre en contradiction avec les art. 2.119 et 2.279 du Code civil qui posent le principe de l'exclusion du droit de suite en matière mobilière. Mais il importe avant tout de rechercher les raisons qui ont fait édicter ces textes, et d'examiner si, à l'occasion des fonds de commerce, se retrouvent les motifs auxquels a obéi le législateur en formulant les règles : « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », « *en fait de meubles possession vaut titre* ».

Le droit de suite est la conséquence naturelle de la réalité d'un droit, or les meubles étant susceptibles de droits réels, devraient pouvoir être l'objet d'un droit de

suite aussi bien que les immeubles. Quelles sont alors les raisons des art. 2.119 et 2.279 ? Quel est leur fondement juridique ? C'est dans une étude historique que nous avons pu en trouver l'explication.

Nous avons vu en effet qu'à Rome on distingue très nettement le possessoire du pétitoire, même en matière mobilière. Le propriétaire d'un meuble conserve son droit de propriété, tant que le tiers possesseur du meuble ne peut se prévaloir de l'usucapion. La revendication mobilière est autorisée même en cas de dépossession volontaire du propriétaire. Supprimée en droit germanique probablement pour des motifs de procédure, plutôt que dans le but d'assurer les transactions commerciales qui étaient rares à cette époque, la revendication mobilière fait son apparition dans notre ancien droit. Sous l'influence du droit romain, les principes germaniques sont abandonnés, et au ^{xvi}^e siècle la revendication est d'un usage courant.

Dans notre Code civil, au contraire, la situation est tout à fait renversée, le possessoire est intimement lié au pétitoire, et celui-là est le propriétaire des meubles qui en est le possesseur.

Ne nous étonnons pas de cette volte face, car, lorsque les principes du droit éprouvent de tels changements, ce n'est jamais le caprice du législateur, mais bien plutôt les besoins et les intérêts de chacun qui ont varié, les conditions de la vie qui se sont modifiées.

Dans les civilisations primitives, et notamment à Rome, alors que le commerce n'avait pas encore acquis une très grande extension, les intérêts commerciaux passaient au second plan, et le législateur s'en tenait surtout à l'équité. Du moment qu'il reconnaissait et organisait la propriété mobilière, du moment qu'il différenciait très nettement le possessoire du pétitoire, il

était très juste de protéger et de sanctionner la propriété des meubles. Aussi, pour les meubles comme pour les immeubles il avait admis la revendication, et autorisé l'hypothèque.

Dans les civilisations modernes, au contraire, le commerce ayant acquis un développement considérable, la législation antérieure devenait insuffisante. Les exigences pratiques et les intérêts commerciaux devaient l'emporter sur la logique et l'équité, changer l'état de la législation, en sacrifiant une à une les garanties de la propriété mobilière. Adopter le principe de la revendication des meubles, ce serait soulever des difficultés sans nombre, et créer un obstacle inévitable à la circulation des biens.

L'art. 2. 279 s'explique donc par des motifs très légitimes : Un motif d'équité tout d'abord. La propriété des immeubles est généralement constatée par écrit, surtout en raison de la transcription exigée par la loi du 23 Mars 1855, l'individu qui veut traiter avec un propriétaire a la possibilité de se renseigner très exactement sur les droits de son auteur, S'il néglige d'exiger les titres de propriété, ou s'il se contente de titres douteux, il ne s'en prendra qu'à lui si un jour il est évincé par la revendication du véritable propriétaire. En matière mobilière, au contraire, les conventions sont rarement consignées par écrit. Les meubles se transmettent par simple tradition, de main à main, et avec une extrême rapidité. Les meubles n'ayant aucune assiette, aucune identité, l'acquéreur ne pouvait exiger de son vendeur la présentation des titres de propriété, et, en l'absence de toute preuve, il en était réduit à prendre à la lettre la déclaration du propriétaire. Cet acquéreur, n'ayant rien à se reprocher, devait naturellement être préféré au propriétaire qui s'est rendu coupable d'imprudence, en

confiant sa chose, sans s'être suffisamment renseigné, à un tiers qui l'a revendue.

A cela nous pouvons ajouter un motif d'ordre social : Les objets mobiliers se transmettent de main à main avec une très grande rapidité, et une multitude de conflits se serait élevée si on avait permis au propriétaire d'inquiéter un acquéreur. Ce dernier, évincé par la revendication du propriétaire, eut immédiatement recouru en garantie contre son auteur, et, à son tour, celui-ci se serait retourné contre celui dont il tenait la chose, et ainsi de suite. Une foule de procès en serait résultée, troublant la paix publique, et occasionnant des frais dont le montant aurait souvent dépassé la valeur de l'objet. — En outre la sécurité aurait complètement disparue dans les transactions commerciales: nul n'aurait osé se rendre acquéreur d'un bien qu'il n'avait pas la certitude de conserver. — On comprend dès lors l'art. 2.279.

Mais lorsque nous sommes en présence d'un meuble dont les caractères sont opposés à ceux que nous avons pu relever jusqu'à lors, lorsque nous rencontrons un meuble qui, par sa nature, est facilement reconnaissable et ne fait pas l'objet de transactions rapides et fréquentes, lorsqu'en somme il s'agit d'un meuble qui, par ses caractères de stabilité et d'identité, se rapproche des immeubles, il n'y a aucun inconvénient à écarter l'art. 2.279 et à se référer aux principes admis en matière immobilière. Or c'est la solution qu'il faut adopter pour le fonds de commerce.

A la différence des autres meubles, le fonds de commerce peut être individualisé : il présente une assiette fixe, une certaine stabilité. Sans doute le fonds est susceptible de déplacement, mais on pourra le suivre et le reconnaître facilement. Notons enfin, qu'à l'exemple des immeubles, le fonds de commerce ne comporte pas la

remise de main à main, sa *transmission* nécessite des mesures de publicité et se constate le plus souvent par écrit. Il était donc très légitime d'accorder un droit de suite sur un tel meuble, sans porter atteinte à l'art. 2.279.

Nous avons également été amenés dans cette étude, à retracer l'historique de l'hypothèque sur les meubles.

A Rome, l'hypothèque pouvait être constituée sur les meubles aussi bien que sur les immeubles. Au début, cette hypothèque ne donnait pas de droit de suite, probablement, parce qu'il était difficile de reconnaître chez des tiers un objet semblable à tant d'autres. Ce droit de suite devait bientôt être accordé au créancier hypothécaire, grâce à l'action Servienne qui fait ainsi disparaître toute différence entre l'hypothèque mobilière et celle immobilière.

La plupart des coutumes de notre ancien droit repoussent l'hypothèque mobilière en raison de ses inconvénients. D'autres l'admettent cependant, mais sans le droit de suite, car il est très difficile de reconnaître un meuble dès qu'il est sorti de la possession du débiteur, et parce que ce droit est une source féconde de procès.

Dans le droit intermédiaire et le Code civil, l'hypothèque mobilière disparaît complètement. Nous connaissons les raisons qui ont guidé le législateur dans les art. 2.118 et 2.119. La facilité avec laquelle on peut déplacer et faire disparaître les meubles, était de nature à créer des litiges que le législateur a voulu éviter.

De nos jours surtout, avec le principe de la publicité de notre régime hypothécaire, une nouvelle difficulté devait s'élever, tant pour individualiser le meuble que pour déterminer le lieu où s'accomplirait la publicité.

Remarquons cependant que les raisons qui ont fait prohiber de notre droit l'hypothèque mobilière, ne sont pas suffisantes pour écarter dans tous les cas l'hypothèque

sur les meubles. Sous l'influence de transformations économiques, la fortune mobilière, jadis méprisée, est devenue au moins l'égale de la fortune immobilière. Le commerce et l'industrie ont pris une importance considérable, les grandes entreprises se sont multipliées ; le crédit est de plus en plus nécessaire, et il importe de le développer. Toutes les choses que nous possédons doivent pouvoir servir d'instrument de crédit, à condition toutefois de ne pas compromettre l'intérêt des créanciers et la sécurité des transactions.

Pour se procurer facilement du crédit, il faut pouvoir offrir aux créanciers des sûretés sérieuses et efficaces. Les sûretés personnelles ne donnent pas au créancier des droits différents de ceux qui lui appartiennent comme simple créancier. Le créancier dont le droit sera garanti par des cautions aura deux ou trois débiteurs au lieu d'un, mais il ne sera qu'un créancier chirographaire, et aura un droit de gage fragile.

Les sûretés réelles sont bien supérieures. Elles confèrent à leur titulaire un droit réel avec droit de suite et droit de préférence. Grâce à elles, le créancier n'aura rien à redouter : il n'aura pas à craindre les aliénations de la part de son débiteur ou de nouvelles dettes. Il sera dans la certitude presque absolue d'être payé. C'est le cas du gage ou de l'hypothèque.

Le gage à l'inconvénient de priver le débiteur de la possession du bien et de faire obstacle à ce que la même chose réponde du paiement de plusieurs dettes.

L'hypothèque est certainement le procédé le plus avantageux pour le débiteur et pour le créancier. D'une part, les intérêts du créancier hypothécaire sont protégés très efficacement par le droit de suite et le droit de préférence. D'autre part, l'hypothèque laisse au débiteur la propriété, l'usage et la possession de son bien, elle

peut être utilisée comme moyen de crédit pour plusieurs dettes jusqu'à concurrence de la valeur de la chose, et le créancier hypothécaire n'aura pas à veiller à la conservation du bien puisque celui-ci reste en la possession du débiteur.

L'hypothèque présente cependant quelques inconvénients. Elle n'immobilise pas le bien engagé en la possession du créancier : or c'est un danger pour les tiers, pour ceux qui voudraient acheter la chose ou acquérir un droit réel sur elle. Comment les tiers seront-ils prévenus de l'hypothèque ? ils risqueront d'être trompés ? Aussi la loi décide que l'hypothèque n'existera erga omnes que du jour où elle aura été publiée.

Or tous les biens ne sont pas susceptibles de publicité, car un régime de publicité implique une individualisation des biens. Si les immeubles, de par leur nature, se prêtent facilement à une individualisation, il en est tout autrement pour les meubles, qui n'ont ni identité, ni fixité. On devait donc ou bien décider que l'hypothèque mobilière serait opposable aux tiers sans publicité : dès lors plus de sécurité dans les transactions commerciales, ou bien n'accorder à l'hypothèque mobilière que le droit de préférence et non le droit de suite : ce serait alors sacrifier le créancier hypothécaire. Le seul moyen d'échapper à ces dangers était de révéler aux tiers l'affectation du meuble au paiement de la dette, en exigeant la mise en possession du créancier. Ainsi le public sera averti.

Mais les obstacles qui s'opposent à l'établissement de l'hypothèque mobilière se rencontrent-ils dans tous les cas ? N'est-il pas possible d'y remédier parfois ? Ne peut-on pas, lorsque le meuble en est susceptible, édicter certaines mesures de publicité, conciliant ainsi tous les intérêts et assurant la sécurité du commerce ? Le législateur

a résolu la question affirmativement en instituant l'hypothèque maritime, par les lois de 1874 et 1885, et les warrants agricoles, par la loi de 1906. Il était alors très naturel d'admettre l'hypothèque sur les fonds de commerce, puisque nous sommes en présence d'un meuble dont nous connaissons les caractères de fixité et de stabilité. Tel est le but des lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909 qui, sous le nom de nantissement, réglementent l'hypothèque des fonds de commerce.

Nous pouvons donc conclure en disant qu'il n'y a rien d'excessif à reconnaître un droit de suite sur le fonds de commerce. Cette innovation de la loi de 1909 est parfaitement conciliable avec les principes généraux du droit, et notamment avec les art. 2.119 et 2.279 du Code civil. Nous devons même approuver cette solution qui, tout en ménageant les intérêts des tiers et sans compromettre la sécurité des transactions commerciales fortifie les droits du vendeur du fonds de commerce, et permet au commerçant de se procurer facilement du crédit, en offrant à ses créanciers une garantie très efficace.



Troisième Partie

Combinaison du droit de suite des créanciers chirographaires

sur le fonds de commerce avec les principes généraux du droit

Comme nous l'avons fait remarquer dans notre première partie, la vente d'un fonds de commerce était souvent l'occasion de nombreuses fraudes de la part d'un commerçant de mauvaise foi. La vente pouvait avoir lieu à l'insu des créanciers du vendeur, et lorsque ceux-ci voulaient exercer leur droit de gage, ils se trouvaient parfois en présence d'un débiteur insolvable, qui avait touché et dissipé le prix de vente. D'autre part, les dissimulations étaient faciles : le vendeur touchait clandestinement une partie du prix, et les créanciers devaient se contenter d'une somme très inférieure au prix réel.

Les créanciers inscrits n'avaient pas à redouter ces fraudes, s'ils avaient fait inscrire leurs droits, car les paiements faits au vendeur, sans leur consentement, ne leur étaient pas opposables. Les créanciers chirographaires n'avaient, au contraire, aucun moyen pour prévenir ces dangers. Ils étaient ainsi à la merci de leur débiteur, n'ayant pour toute ressource que l'action paulienne et les nullités en matière de faillite.

Dans le but de sauvegarder les intérêts des créanciers chirographaires, la loi de 1909 a organisé la publicité des ventes des fonds de commerce, et institué une surenchère du sixième. Cette loi n'avait fait, du reste, que consacrer un usage en vigueur dans la plupart des villes, et qui, en exigeant la publicité de la vente des fonds de commerce, avait pour conséquence de créer un droit de suite au profit des créanciers chirographaires.

BOISTEL (cours de droit commercial. — n° 432) nous dit en effet : « Relativement à cette vente d'un fonds de commerce, il existe à Paris un usage singulier qui ne tend à rien moins qu'à établir au profit des créanciers, même chirographaires du vendeur, un certain droit de suite sur le prix de la vente. Il est d'usage que les ventes de fonds de commerce sont publiées dans les journaux d'annonces, et qu'à partir de ce moment, dix jours sont accordés aux créanciers du vendeur pour faire entre les mains de l'acheteur opposition au paiement du prix : il s'en suit que pendant ces dix jours l'acheteur ne peut valablement payer son prix entre les mains du vendeur et que, s'il le payait, il s'exposerait à être obligé de le payer de nouveau entre les mains des créanciers opposants du vendeur. »

La loi de 1909 ne fait donc que confirmer cet usage, et, désormais, le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce est incontestable : la

publicité de la vente, la procédure de purge des créanciers chirographaires, et le droit de former une surenchère du sixième sont la preuve évidente de l'existence de ce droit.

Cette constatation est certainement très exceptionnelle dans notre droit, mais elle n'est pas sans précédent. On rencontre en droit maritime un exemple de droit de suite reconnu à de simples créanciers chirographaires. L'art. 190 - 2^o du Code de commerce s'exprime en ces termes ; « Néanmoins ils (les navires) sont affectés aux dettes du vendeur et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées ». Ce texte reconnaît ainsi, en principe, l'existence d'un droit de suite des créanciers chirographaires sur le navire. On l'a constaté à tort, car cette solution résulte de la rédaction même de l'art. 190 : c'est la reproduction presque textuelle de l'art. 2 de l'ordonnance de 1681 qui consacre formellement ce droit de suite, sans qu'on puisse élever le moindre doute à cet égard : « Seront néanmoins tous vaisseaux affectés aux dettes du vendeur jusqu'à ce qu'ils aient fait un voyage en mer sous le nom et aux risques du nouvel acquéreur, si ce n'est qu'ils aient été vendus par décret ». Par le voyage en mer, les créanciers du vendeur sont donc mis en demeure de faire opposition, afin de se faire connaître au nouvel acquéreur. A défaut d'opposition le droit de suite des créanciers est éteint. C'est l'équivalent de l'opposition exigée des créanciers du vendeur du fonds de commerce, après la publication de la vente dans les journaux.

Or, reconnaître un droit de suite sur le fonds de commerce aux créanciers chirographaires, les autoriser à suivre ce fonds entre les mains de tiers acquéreurs, et à former une surenchère en cas d'insuffisance du prix, c'est admettre une solution bien contraire aux

principes de notre droit. Nous savons en effet que, d'après l'art. 2.092 du Code civil, les créanciers chirographaires n'ont qu'un droit de gage général sur tous les biens présents et à venir de leur débiteur. Ce droit de gage ne porte que sur les biens restés en la possession du débiteur. Les créanciers chirographaires n'ont pas de droit de suite, car ils ne sont titulaires que d'un simple droit de créance ou droit personnel, et, à ce titre, ils ne peuvent se prévaloir des attributs des droits réels.

Dans notre droit, la distinction est très nette entre le droit réel et le droit personnel. POTHIER le constatait déjà dans son « traité du droit de propriété » : On considère, dit-il, à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits, le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re* ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*. Le *jus in re*, est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards. Le *jus ad rem*, est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation, ou qui y a succédé, aux fins qu'elle soit condamnée à nous donner la chose, si elle est en son pouvoir, ou en dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » (POTHIER : Œuvres, tome IX, page 101).

Les droits réels sont donc des droits qui mettent la personne directement en rapport avec une chose matérielle, lui permettant de s'en servir sans intermédiaire pour en retirer plus ou moins d'utilité. Les droits personnels, au contraire, ne procurent cette utilité que grâce au concours d'une personne chargée de nous la fournir.

C'est le système de POTHIER qui domine encore aujourd'hui chez la plupart des auteurs.

DURANTON, par exemple, s'exprime ainsi : (Cours de droit français, 2^e édition, tome IV, page 182) : « La doctrine établit relativement aux biens deux espèces de droits : le droit dans la chose, *jus in re*, et le droit à la chose, *jus ad rem* ou *in personam*. Suivant les docteurs, le droit dans la chose, est une faculté appartenant à une personne sur une chose, sans égard à une autre personne. Ce droit affecte tellement la chose que celui à qui il appartient peut l'exercer contre tout individu qui la possède, nonobstant la bonne foi de celui-ci... Le simple *jus ad rem* est le droit que nous avons contre une personne pour qu'elle donne ou fasse quelque chose, droit dérivant de son obligation, qui ne passe pas sa personne et celle de son héritier ».

MARCADÉ préconise également l'idée de droit réel considéré comme un droit dans la chose. (Explication du Code civil, 8^e édition, tome II, page 364) : « le *jus in re*, dit MARCADÉ, est le droit qui m'appartient en propre, immédiatement et absolument, sur une chose, en sorte qu'il est identiquement le même contre tout le monde, *idem erga omnes*. Le *jus ad rem* est celui qui m'appartient sur la chose que médiatement, relativement et en trouvant pour intermédiaire et pour base l'obligation particulière de tel ou tel. Le *jus in re*, par l'effet de sa nature indépendante et absolue, n'a rien à attendre, rien à recevoir, rien à demander ; il s'exerce *per se ipsum*, en s'appliquant à son objet par sa seule force ; le *jus ad rem* au contraire, consiste précisément dans la faculté de demander et de me faire donner, de me faire faire ou de me faire procurer quelque chose ; il est le corrélatif de l'obligation particulière par laquelle tel ou tel se trouve astreint envers moi *ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum* ».

Même idée dans DEMOLOMBE : il considère le droit réel comme créant une relation directe et immédiate entre une personne et une chose.

DEMANTE et LAURENT se réfèrent purement et simplement à la définition de POTIER qu'ils admettent sans discussion.

AUBRY et RAU, qui ont pour ainsi dire arrêté la formule définitive de la distinction des droits réels et des droits personnels, s'expriment ainsi (Traité de droit civil, page 72). « Les droits sur les objets extérieurs sont réels ou personnels. Ces derniers se subdivisent en droits personnels proprement dits ou de créance, et en droits de puissance. Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous. Les droits personnels proprement dits sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée et contre ceux qui sont tenus de ces engagements ».

C'est encore la même conception que nous retrouvons dans DELVINCOURT, DEMANGEAT, BAUDRY-LACANTINERIE, BOISTEL, VALETTE. « Les droits dont nous venons de parler, dit VALETTE, propriété ou démembrement de la propriété, étant de leur nature même, et à priori, opposables à tout le monde, s'indiquent naturellement comme étant des relations de l'homme avec la chose elle-même, de là leur nom de droits réels, *jus in re*. Au contraire, les créances ou droits relatifs à tel ou tel débiteur d'argent ou d'autres quantités comme du blé, du vin, de l'huile ou même d'objets déterminés sont qualifiés

droits personnels, car ils ne s'expriment bien qu'en indiquant la relation du titulaire du droit avec une personne déterminée » (VALETTE, « De la propriété et de la distinction des biens, page 3).

Tous ces auteurs admettent donc que le droit réel crée un rapport direct et immédiat entre une personne et une chose. Il y aurait ainsi droit personnel, quand il existe une obligation d'une personne envers une autre personne, et droit réel, quand une chose se trouve engagée envers une personne ou une autre chose. Or il est assez étrange de concevoir une chose juridiquement engagée envers une personne ou une autre chose. Quelques partisans de cette théorie reconnaissent tellement bien l'absurdité de semblable opinion, qu'ils expliquent cette personnification des choses comme une fiction destinée à rendre très intelligible la distinction des droits réels et des droits personnels.

Ces citations nous montrent que la doctrine est presque unanime à se ranger à l'avis de POTHIER sur la nature du droit réel et du droit personnel. Le droit réel établissant une relation directe et immédiate entre une personne et une chose, sans intermédiaire entre la personne, titulaire du droit, et la chose sur laquelle porte le droit. Le droit personnel supposant au contraire un intermédiaire à qui le créancier doit s'adresser pour obtenir ce qui lui est dû.

Cette théorie plaît, parce qu'elle est simple et rend assez bien compte des apparences, mais elle est superficielle et, depuis longtemps, a donné lieu à une réaction. Il est inexact de dire que le droit réel crée un rapport entre une personne et une chose, car on ne conçoit pas qu'une chose puisse jouer un tel rôle, un rôle de volonté. Les êtres seuls peuvent jouer, en droit, un rôle actif ou passif, et, au fond de tout droit, quel

qu'il soit, réel ou personnel, existe un rapport entre personnes.

Comme le fait très bien remarquer ORTOLAN dans sa « Généralisation du droit romain » (page 637) : « Il n'existe de droit que de personne à personne ; tout droit a donc nécessairement un sujet actif et un ou plusieurs sujets passifs, lesquels, soit actifs, soit passifs, ne peuvent être que des personnes. Sous ce rapport, tout droit est donc personnel. Tout droit, outre le sujet actif et le sujet passif a de plus et nécessairement un objet, lequel, dans sa plus grande généralité, est désigné sous le nom de chose. Tout droit a donc une chose pour objet ; et, sous ce rapport, tout droit est réel. Tout droit, en définitive, si l'on veut aller au fond des choses, se résume en la faculté pour le sujet actif d'exiger du sujet passif quelque chose ; or la seule chose qu'il soit possible d'exiger immédiatement d'une personne, c'est qu'elle fasse ou qu'elle s'abstienne de faire, c'est-à-dire une action ou une inaction. C'est à cela véritablement que se réduit tout droit ».

Tous les droits sont donc des rapports entre personnes, les droits réels comme les droits personnels. Mais ce qui fait illusion pour le droit réel, c'est que le sujet passif est plus difficile à découvrir que pour le droit de créance. Pour le droit de propriété, par exemple, le sujet passif n'apparaît pas nettement : il existe cependant, c'est la collectivité, tout le monde sauf le titulaire du droit. Étant propriétaire d'un bien, une obligation négative pèse sur la collectivité : ne pas porter atteinte à mon droit, ne pas me troubler dans l'exercice de mon droit. C'est donc une obligation générale, incombant à tous sauf au titulaire du droit, et qui consiste à laisser le sujet actif retirer de son droit toute l'utilité qu'il peut lui procurer, sans y apporter le moindre obstacle :

c'est là le caractère essentiel du droit réel. Dans le droit personnel le sujet actif a la faculté de contraindre une ou plusieurs personnes limitablement déterminées à donner ou à faire quelque chose.

Ainsi, dans certains droits (les droits réels), le sujet passif n'est pas individuellement déterminé : c'est la collectivité tout entière. Dans certains autres (les droits personnels), le sujet passif, la personne du débiteur est au contraire nettement désignée. Cette idée a été mise en relief par PLANIOL dans son « traité de droit civil » (4^e édition, tome I, page 676) : « Un droit réel quelconque est donc un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. Ce rapport est d'ordre obligatoire, c'est-à-dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites. L'obligation imposée à tous autres que le titulaire du droit est purement négative : elle consiste à s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer à ce dernier. Le droit réel doit donc bien être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif est simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est illimité en nombre, et comprend toute personne qui entre en relation avec le sujet actif. C'est le rôle effacé imposé à ces dernières qui empêche de les apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. De là l'idée vulgaire du rapport direct d'une personne avec une chose, idée superficielle, fausse comme conception juridique ». Quand au droit personnel, « c'est un rapport juridique entre deux personnes, nous dit PLANIOL, en vertu duquel l'une d'elles appelée créancier, à le droit d'exiger un certain fait d'une autre, appelée débiteur ».

De cette conception sur la nature des droits réels et des droits personnels, on a déduit cette conséquence que les droits réels sont des droits absolus, tandis que les droits personnels, établissant des relations entre personnes déterminées, sont des droits purement relatifs. Ce caractère absolu ou relatif des droits devait engendrer une distinction très nette, et donner lieu à des différences essentielles entre les deux catégories de droits.

Une première différence entre le droit réel et le droit personnel a l'occasion de se manifester à propos du droit de suite. Si le bien sur lequel porte le droit réel se trouve entre les mains d'un tiers détenteur quelconque *Secundus*, le titulaire du droit *Primus* pourra suivre et réclamer ce bien, si *Secundus* le détient contre la volonté de *Primus*. Le détenteur *Secundus* ne pourra refuser la restitution puisque, d'une part, il est tenu de l'obligation négative de laisser *Primus* retirer toute l'utilité de sa chose, et que, d'autre part, il doit s'abstenir d'accomplir lui-même l'acte en question. *Secundus* ne pourrait s'opposer à la restitution que s'il était lui-même titulaire d'un droit réel lui permettant de garder la chose (auquel cas *Primus* serait tenu, comme tout autre, de ne pas troubler sa possession), ou si *Primus* s'était engagé envers *Secundus* à lui livrer la chose pour la garder (la restitution se fera alors le jour ou sera éteinte l'obligation de *Primus* vis à vis de *Secundus*).

Cette possibilité pour une personne de suivre, en vertu de son droit et pour l'exercice de son droit, un bien même passé entre les mains d'un tiers, autrement dit le droit de suite, est considérée comme le trait caractéristique des droits réels : c'est la conséquence de leur nature de droit absolu, opposable *erga omnes*.

Les droits personnels, au contraire, ne sont pas munis du droit de suite, car si *Secundus* est débiteur de *Primus*, le rapport obligatoire est relatif, n'existe qu'entre *Primus* et *Secundus*, et *Primus* ne pourra se prévaloir de sa créance contre *Tertius*.

Cette différence entre le droit réel et le droit personnel, relativement au droit de suite, est rapporté par TOULLIER (Traité de Droit civil français. - 5^e édition, tome III, page 55) « Ce droit est ce qu'on appelle un droit réel, *jus in re*. Le lien de la propriété existe entre le propriétaire et la chose, indépendamment de toute autre personne ; il peut la suivre en quelques mains qu'il la trouve, quoique le possesseur soit de bonne foi et n'ait contracté envers lui aucune obligation personnelle. C'est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, qui forme le caractère spécifique de ce qu'on appelle un droit réel, *jus in re*, à la différence du droit personnel ou du droit à la chose, *jus ad rem*, qui résulte d'un lien purement personnel, existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées et en vertu duquel l'une est obligée de faire ou de donner quelque chose... Le droit à la chose, *jus ad rem*, est donc un titre, un moyen, pour acquérir le droit réel. »

LAURENT s'exprime à peu près dans les mêmes termes (Principes de droit civil, tome VI, page 93) : « Il suit de là une différence capitale entre les deux espèces de droits. Puisque le droit réel affecte la chose, celui à qui il appartient peut l'exercer contre tout détenteur de la chose : c'est ce qu'on appelle le droit de suite, parce que celui qui agit suit la chose entre les mains de tout détenteur, sans que le défendeur puisse lui opposer qu'il n'est pas obligé, car ce n'est pas comme débiteur qu'il est actionné, c'est comme détenteur de la chose ; à vrai dire c'est la chose qui est

poursuivie ; mais, comme on ne peut agir contre une chose, il a fallu donner action contre celui qui la détient. — Pour les droits personnels il ne peut être question du droit de suite. Il n'y a de lien qu'entre le créancier et le débiteur ; celui-ci peut seul être poursuivi. »

La deuxième différence essentielle qu'on peut relever entre le droit réel et le droit personnel a trait au droit de préférence. Deux droits réels identiques ne peuvent porter, en même temps, sur la même chose, et au profit de deux sujets actifs différents. C'est encore une conséquence naturelle du caractère absolu des droits réels. Si *Primus* est titulaire d'un droit réel sur une chose, son droit est opposable à tout le monde, et *Secundus* ne pourrait se prétendre titulaire du même droit réel, sur cette même chose, qu'après l'extinction du droit de *Primus*. De deux acquéreurs successifs d'un droit réel, sur la même chose, c'est le premier en date qui sera préféré, sauf les règles relatives à la transcription.

Le droit de préférence est un attribut des droits réels seuls ; il évitera le concours des titulaires de droits personnels, car ces derniers n'ont que des droits relatifs, opposables à certaines personnes déterminées. Les titulaires de droits réels n'ont pas davantage à craindre les autres droits réels sur la même chose, en vertu de l'adage « *prior tempore potior jure* ».

La distinction entre le droit réel et le droit personnel est donc très nette dans notre droit. Citons, pour nous résumer, un passage d'AUBRY et RAU sur la théorie des droits réels. « Les droits réels et personnels proprement dits diffèrent les uns des autres sous trois rapports principaux : 1^o Le droit réel suppose une chose déterminée dans son individualité, sur laquelle il porte. Le droit personnel n'a pour objet qu'une prestation, c'est-à-dire

l'accomplissement d'un fait, ou la livraison d'une chose qui peut n'être déterminée que dans son espèce. — 2°. Celui auquel appartient un droit réel, peut en poursuivre l'exercice sur la chose même soumise à ce droit et contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. Au contraire, celui qui n'est investi que d'un droit personnel, c'est-à-dire le créancier, ne peut l'exercer que contre la personne obligée à la prestation, c'est-à-dire contre le débiteur. — 3°. Lorsque plusieurs personnes ont, à des époques différentes, acquis sur une chose soit le même droit réel, soit des droits réels différents qui se trouvent en collision l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte, en principe, sur le droit acquis plus tard. Au contraire, en cas de collision de divers droits personnels contre un même débiteur, aucun créancier ne jouit, en thèse générale, d'un droit de préférence. » (AUBRY et RAU. — Traité de droit civil. — page 73).

La disposition de la loi de 1909 reconnaissant un droit de suite aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, paraît ainsi en contradiction formelle avec les principes de notre droit, puisqu'elle confère un droit de suite à de simples titulaires de droits personnels.

Quelle raison donner à semblable dérogation ? Devons-nous applaudir à cette innovation de la loi de 1909, ou la rejeter comme absolument inconciliable avec les règles fondamentales de notre droit ? Plusieurs explications ont été proposées :

1^{er} *Système* : On a tout d'abord soutenu que la raison d'être de ce droit de suite sur le fonds de commerce découlait de la nature même du droit des créanciers chirographaires. Ceux-ci auraient, en définitive, un véritable droit réel sur le fonds de commerce.

La même question s'était déjà posée en droit maritime à propos du conflit entre créanciers chirographaires du vendeur et de l'acheteur. Certains auteurs refusaient tout droit réel aux créanciers chirographaires sur le navire, car les attributs des droits réels sont le droit de suite et le droit de préférence; or, si les créanciers chirographaires ont un droit de suite, ils n'ont pas le droit de préférence. C'est l'avis de M. VERMOND qui admet le concours des créanciers du vendeur et de l'acheteur. « A mon avis la règle à appliquer est la suivante: les créanciers chirographaires du vendeur, primés par les créanciers privilégiés de l'acquéreur, viendront en concours avec les créanciers chirographaires de celui-ci... En décidant que, nonobstant la vente du navire, celui-ci reste affecté aux dettes du vendeur, l'art. 190 du Code de commerce a voulu dire que le droit de gage général qu'un créancier a sur le bien de son débiteur, et qui de droit commun cesse d'exister quand le bien sort du patrimoine du débiteur, subsiste sur le navire, nonobstant l'aliénation opérée. » (VERMOND — Manuel de droit maritime n° 32). — Mais d'autres auteurs soutiennent l'opinion opposée, et reconnaissent aux créanciers chirographaires un véritable droit réel sur le navire. En conséquence, ils n'admettent pas le concours des créanciers chirographaires de l'acquéreur avec ceux du vendeur. MM. LYON-CAEN et RENAULT nous disent en effet (traité du droit commercial. — tome VI, n° 1.479): « Quand il s'agit de créanciers privilégiés, le droit de suite n'est pas autre chose qu'un attribut du droit réel de privilège, attribut que la loi ne supprime pas pour les navires comme elle le fait pour les autres biens mobiliers. Quand il s'agit de créanciers chirographaires, le droit de suite conserve toujours le même caractère, c'est un des attributs des droits réels que la loi confère

séparément à des personnes auxquelles en réalité aucun droit réel n'appartient. »

Par analogie, on peut donner la même explication au droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce. Un argument de plus résulte même des dispositions de la loi de 1909. La loi nouvelle n'accorde le droit de faire opposition sur le prix qu'aux créanciers chirographaires du vendeur : c'est donc qu'elle reconnaît que ces créanciers doivent primer les créanciers chirographaires de l'acquéreur, et qu'ainsi les créanciers chirographaires sont titulaires d'un véritable droit réel ayant le fonds de commerce pour objet, car ils ont droit de suite et droit de préférence.

C'est le système soutenu par M. BOUVIER-BANGILLON (dans la vente et le nantissement des fonds de commerce — n° 156) : « Lorsqu'il s'agit du droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce la loi nouvelle ne donne l'opposition sur le prix qu'aux créanciers chirographaires du vendeur (créanciers du précédent propriétaire, dit la loi.) Cela paraît bien exclure les créanciers chirographaires de l'acheteur, donc reconnaître un droit réel aux créanciers chirographaires du vendeur. — Déjà, d'ailleurs, parlant de l'ancien usage de certaines places de commerce, que la loi nouvelle a voulu reproduire. M. THALLER disait : Bref on considérait les créanciers du fonds de commerce comme investis d'un véritable privilège sur ce fonds, quoiqu'ils vinsent au marc le franc les uns par rapport aux autres. »

D'après ces auteurs les créanciers chirographaires seraient donc titulaires d'un véritable droit réel, avec droit de suite et droit de préférence. Mais ce serait un droit de préférence spécial, portant sur le fonds de commerce envisagé comme patrimoine propre, limité au

fonds, et permettant aux créanciers chirographaires du vendeur de primer les créanciers chirographaires de l'acquéreur.

2^e *Système* : Il est de la nature même des créances chirographaires de ne conférer à leurs titulaires qu'un droit personnel, un droit de gage général sur tous les biens du débiteur. Et, comme en toute autre matière, les créanciers chirographaires ne peuvent se prévaloir d'un droit réel sur le fonds de commerce. L'explication du droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds résulte de cette considération que la distinction des créanciers privilégiés, hypothécaires et chirographaires n'a rien d'absolument obligatoire ; elle a été inspirée uniquement par des raisons d'utilité pratique. Si, par exemple, la loi accorde ou fixe une hypothèque privilégiée sur les biens de ses comptables, c'est pour satisfaire à des besoins pratiques.

Suivant les circonstances, et lorsque l'utilité le réclame, la loi peut donc parfaitement détacher des attributs des droits réels (entre autres le droit de suite) et les attribuer aux droits personnels. Or il y a de très bonnes raisons pour accorder un droit de suite aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce. — Qu'on n'objecte pas que les attributs des droits réels sont indivisibles, car les créanciers chirographaires ont un droit de suite, et aussi un droit de préférence, en vertu duquel ils primeront les créanciers chirographaires de l'acquéreur du fonds.

3^e *Système* : L'explication la plus vraisemblable que l'on puisse donner au droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, et la meilleure façon de combiner ce droit avec les principes généraux du droit, c'est de remarquer qu'il n'y a aucune différence de nature entre le droit réel et le droit personnel. La

distinction entre les divers créanciers n'a en effet, rien d'obligatoire : ce n'est pas pour des considérations d'utilité pratique, comme on le soutient dans le système précédent, mais parce qu'il n'y a pas de contraste de nature entre le droit réel et le droit personnel. Ces deux droits sont absolument identiques à l'origine, et comportent les mêmes attributs ; ils ne sont séparés dans la suite, qu'en raison de leur différence d'objet. Les droits modernes ont exagéré cette distinction, et nous croyons voir aujourd'hui des différences irréductibles entre ces deux droits, alors qu'elles résultent uniquement de la nature des biens sur lesquels portent ces droits.

Donc pas d'opposition entre le droit réel et le droit personnel à l'origine. C'est ce que nous prouvera l'étude et le développement historique de ces deux catégories de droits, en nous plaçant successivement dans le droit Romain, dans le droit germanique et dans le droit contemporain. Ce système a été conçu par mon savant maître M. HUVELIN, dans un cours de droit civil comparé sur la « Théorie générale des obligations dans tous les droits », et j'aurai souvent à m'en inspirer.

SECTION PREMIÈRE

Conception de l'Obligation en Droit Romain

Il ne faut pas parler d'une conception de l'obligation à Rome, car cette conception a varié avec les époques. C'est donc plutôt l'évolution de cette conception que nous allons étudier, d'abord dans le vieux droit romain, puis dans l'époque historique.

CHAPITRE I^{er}

Conception de l'Obligation dans le vieux droit civil romain

DROIT DES XII TABLES

Afin de bien comprendre cet exposé, il importe de donner quelques notions sur l'organisation des sociétés, car la conception de l'obligation varie beaucoup suivant le type de civilisation, suivant la société où elle se

développe. Il y a sans doute de partout des créances et des dettes, mais on ne s'en fait pas la même idée dans tous les milieux.

D'après une classification généralement adoptée, les sociétés se diviseraient en sociétés segmentaires et en sociétés organisées.

Les sociétés segmentaires, dont le nom est emprunté à la science biologique, sont comparables aux animaux inférieurs, formés de segments de composition homogène. Ce sont des organismes, car ils accomplissent des fonctions en commun. Il y a entre eux une très grande solidarité due au défaut de spécialisation, mais cette solidarité peut se rompre sans inconvénient, chaque segment se suffisant à lui-même, et pouvant vivre sans le concours des autres.

Il y a, de même, des types segmentaires de sociétés dans lesquelles tous les individus sont semblables. Entre les divers membres de ces groupes il y a une certaine similitude physique, et surtout une grande ressemblance psychique : pas de dissidence, tous ont la même mentalité, admettent les mêmes idées morales et religieuses. Cette ressemblance intellectuelle provient du défaut de spécialisation.

Les groupes humains primitifs sont ainsi constitués sous la forme de sociétés segmentaires : On rencontre de grandes familles, clans, tribus, hordes... et c'est l'ensemble de ces groupements qui forme la société. Ces sociétés se présentent sous différents aspects, les unes sont très simples, les autres sont beaucoup plus complexes. Entre les individus règne la même solidarité que chez les animaux segmentaires, c'est-à-dire une solidarité assez fragile, qu'on peut rompre sans grand inconvénient, car pas de spécialisation.

Au dessus viennent les sociétés organisées dont la ressemblance est plus nette avec les animaux supérieurs. Elles sont formées d'agréats d'individus et non de la réunion de plusieurs clans ou familles. Tandis que dans les sociétés primitives la division du travail n'a pas encore fait son apparition, dans les sociétés avancées, au contraire, chaque individu accomplit une fonction déterminée, et se spécialise dans sa profession. Chez les animaux supérieurs la spécialisation avait entraîné la transformation de l'organe au point de le rendre impropre à accomplir d'autres fonctions. Dans les sociétés organisées la spécialisation a eu le même résultat : tout individu est inapte à remplir une fonction différente de la sienne. La ressemblance physique et psychique qu'on avait remarqué dans les sociétés segmentaires disparaît alors pour faire place à de nombreux types professionnels. Cette spécialisation devait donner naissance à une interdépendance très étroite entre les individus : la solidarité est très prononcée, et on ne pourrait la rompre sans danger.

Notons qu'entre ces deux types sociaux il y a beaucoup de formes intermédiaires, et que même dans les sociétés les plus avancées, on trouve des survivances des types segmentaires.

A l'origine, Rome est une société segmentaire, composée de clans, de *gentes* semblables. Chaque groupe vit isolément, pas de division du travail : c'est le système de l'économie naturelle, qui consiste dans l'utilisation directe des produits du sol. Chacune des *gentes* a son autonomie propre, et se procure par elle-même, tout ce dont elle a besoin.

Cette société romaine est en voie d'organisation. On voit apparaître des organes communs : les rois, les consuls, les magistrats, un conseil (le Sénat), et des

assemblées délibérantes (les comices). Cette transformation de la société résulte de l'existence des marchés. Le marché en effet, avait besoin d'être protégé contre les atteintes du dehors : les différentes *gentes* fréquentant le marché créeront des organes spécialisés communs ; il y aura une organisation militaire commune, une citadelle commune. — La sécurité doit également régner à l'intérieur du marché ; elle sera assurée par une police et une juridiction spéciales. — Il y aura enfin des intérêts communs à sauvegarder : les divers groupes se réuniront et établiront des règlements généraux. Le marché est le centre d'une société nouvelle basée sur la division du travail.

Les marchés sont un centre de paix temporaire, la ville est un centre de paix permanente assurée par les *gentes*. La paix et les échanges sont volontaires, et n'ont dû avoir à l'origine que la vengeance privée comme sanction. Plus tard la société intervient dans l'exercice des représailles ; elle limite le droit de vengeance, et elle authentique, par la présence d'un magistrat, la plupart des actes de justice privée (« *Actions de la loi* »).

Rome est ainsi parvenue à l'organisation urbaine. Dans la ville c'est l'organisation : la vie commune prédomine, c'est là qu'ont lieu les fêtes religieuses, militaires... Dans le plat pays règne la segmentation. L'ensemble des *gentes* forme la société segmentaire romaine : chaque membre a des devoirs dont la sanction est religieuse ; la peine principale est la « *consecratio capitis* », c'est-à-dire le sacrifice de la victime aux dieux.

Quel est le caractère des droits et obligations dans cette société romaine à forme segmentaire ?

Dans le droit romain primitif on ne rencontre que des droits collectifs, ou droit dont l'exercice est indivis entre les membres d'un groupe. Le trait caractéristique

de l'ancienne Rome est, en effet, la forte cohésion et l'unité de ses groupements humains. L'individu n'est pas isolé dans la société, il est intimement lié à une famille ou à une *gens* au point d'être complètement absorbé par la collectivité dont il dépend. Cet individu est dans l'impossibilité d'avoir des biens en propre, de devenir le sujet actif ou passif de droits, et d'en bénéficier personnellement. C'est le clan ou la famille qui est propriétaire de la terre cultivée par tous les membres du clan ou de la famille. Sans doute le chef de ces groupements, le *paterfamilias*, a une autorité absolue sur tous les biens et personnes sous sa dépendance, pouvant disposer à son gré des biens, des bestiaux, des esclaves, de sa femme même et de ses enfants, comme en étant le seul propriétaire ; mais c'est uniquement en qualité de représentant du groupe que ces droits lui sont conférés.

Ce caractère collectif des droits se retrouve encore dans l'organisation de la propriété foncière. Dans le très ancien droit romain on rencontre des traces de communauté agraire. Les textes distinguent très nettement les terres situées à l'intérieur de la ville et celles hors des murs de la ville. — Le territoire de Rome formait deux parts bien distinctes : l'*heredium* et l'*ager*. Le territoire de la ville même avait été fractionné et attribué à chaque famille : c'est l'*heredium*, dont la propriété appartient au chef de famille, et qui est destiné à fournir l'espace pour construire une maison et un jardin (*hortus*). Chaque chef avait donc son *heredium* dans la ville. C'était insuffisant pour subvenir aux besoins de toute une famille. Des terrains plus étendus étaient nécessaires : aussi toute la partie située en dehors de la ville était restée indivise entre les membres des trois clans qui ont fondé Rome. Cette terre commune constituait l'« *ager gentilicius* ».

Donc deux formes de terres à Rome : l'*heredium*, situé dans la ville et appartenant à chaque famille, l'*ager*, ou terre commune à chacune des trois *gentes*. Pour l'*ager*, c'était le système de la communauté agraire, pour l'*heredium*, la copropriété familiale.

On constate ainsi que dans cette période tous les droits sont collectifs. — C'est d'abord un droit collectif de la *gens* sur tous les membres et sur toutes les choses mobilières ou immobilières des *gentiles*.

Le droit exercé par la *gens* sur les biens des *gentiles* est une sorte de droit de propriété. Plus tard, au droit collectif de la *gens* se substitue un droit collectif de la cité. Cette dernière a désormais un droit sur tous ses membres et sur toutes les choses destinées à l'usage commun du *populus*. Sur ces choses, c'est toujours un droit de propriété qu'elle exerce, mais sur les sujets, ce n'est plus guère qu'une *potestas*.

Le caractère collectif des droits de cette période se manifeste encore en matière de délits et de contrats. Lorsqu'un membre d'une *gens* a été victime de la part d'un membre d'une autre *gens* d'un acte perturbateur de la paix ou des conventions intervenues, tous les membres de la *gens* ont un droit collectif à la vengeance privée.

Pour les délits, par exemple, on retrouve à Rome des traces très nettes de l'institution de la vengeance du sang. Le droit de se venger appartient non seulement à la victime, mais aussi à tous ses parents. Cette forme de vengeance disparaît cependant de bonne heure, et sous la loi des XII tables elle est à peu près complètement supprimée.

Pour les contrats, la corréalité active est un indice de la collectivité des droits. Cette corréalité fut peu usitée en raison de ses inconvénients. En somme elle réalisait artificiellement ce que la propriété primitive

produisait naturellement par suite de son caractère collectif.

Dans cette phase du droit romain, tous les droits sont réels, c'est-à-dire sont construits comme plus tard les droits dits réels.

Cette constatation est très naturelle pour les droits des *gentiles* ou du *populus* portant sur des choses ; mais qu'il en soit ainsi du droit collectif de vengeance contre celui qui a violé les conditions générales ou spéciales de la paix, cela paraît bien surprenant. C'est cependant ce que nous remarquons soit à l'occasion d'un délit, soit en cas de rupture d'un contrat.

1^o En cas de violation des conditions générales de la paix, en cas de délit, la victime ou les siens exercent leur vengeance en nature, sous forme de talion. La vengeance privée est en effet la première façon de réparer un préjudice subi. Chez les Romains, comme chez tous les autres peuples. « Les premiers mouvements du sentiment du droit lésé consistent inévitablement dans une violente réaction contre l'injustice causée, dans la défense privée et la vengeance. Tout droit a son origine dans la justice privée et dans la vengeance, cette espèce de justice sauvage ainsi que l'appelle BACON DE VÉRULAM » (JHERING. L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, page 119 Traduction de MEULENAERE). Toute injustice appelle la réparation du préjudice, et aussi une satisfaction personnelle, la punition de l'auteur du délit.

Cette forme de justice privée devait disparaître à mesure que la société s'organise et se fortifie, faisant place au système des compositions pécuniaires, d'abord volontaires, puis légales. Mais les traces de la vengeance privée restent très nettes dans l'ancien droit romain. C'est, par exemple, le cas du mari surprenant sa femme

en flagrant délit d'adultère, et pouvant tuer le complice sans avoir à redouter la moindre poursuite. — C'est encore la disposition de la loi des XII tables autorisant de tuer le voleur dans tous les cas lorsqu'il est surpris la nuit, et chaque fois qu'il y a résistance de sa part lorsqu'il est pris le jour. — Quant au voleur surpris en flagrant délit (*fur manifestus*), il est abandonné à l'entière discrétion de la victime. Enfin au cas de blessures corporelles (*membrum ruptum*), la loi des XII tables prononçait la peine du talion, c'est-à-dire permettait à la victime de faire une blessure équivalente.

Ce droit de vengeance, exercé primitivement sous forme de talion, peut avoir lieu en toute circonstance, entre les mains de toute personne qui possède l'auteur du délit. Le droit de vengeance a ainsi un véritable droit de suite, puisque la victime peut suivre la tête du délinquant, et exercer ses droits contre tout tiers détenteur, sans qu'on puisse s'y opposer.

Ce droit de suite apparaît très nettement lorsque l'auteur du délit est un *alieni juris*.

Avec le système de la vengeance privée, le droit de la victime était toujours le même, que le délinquant fût ou non en puissance : la victime pouvait exercer sa vengeance contre l'*alieni juris* et le titulaire de la puissance ne pouvait y mettre obstacle.

Mais lorsqu'apparut le système des compositions légales, lorsque l'amende fut substituée au droit de vengeance privée, une difficulté devait surgir au cas où le délinquant serait *alieni juris*. Comment se faire payer d'un animal, d'un esclave, d'un fils de famille, puisqu'ils n'ont pas de patrimoine ? Sans doute le chef de famille peut payer et la victime, ainsi satisfaite, n'a plus rien à réclamer ; mais c'est purement facultatif de la part du *paterfamilias* : on ne peut l'y obliger, car il n'a commis

aucun fait illicite. Il fallait donc décider, soit que la vengeance privée s'appliquerait dans ce cas, soit que le chef de famille pourrait être contraint à indemniser la victime. Cette dernière solution était injuste, les actions pénales étant personnelles.

Aussi le droit romain a institué l'action noxale, par laquelle la victime demande à celui qui a le délinquant en sa puissance, ou bien de livrer l'*alieni juris* à sa vengeance, ou bien de payer la composition légale.

Par application de la règle « *noxalis actio caput sequitur* » (JUSTINIEN. — Inst. IV, 8, 5,) l'action noxale devait être dirigée contre celui qui avait l'esclave ou le fils de famille en sa puissance au moment même où l'action était introduite, et non contre celui au moment où le délit avait été commis. C'est exactement la même situation qu'en matière hypothécaire où la sommation de payer ou de délaisser est adressée au détenteur du bien hypothéqué au moment de la sommation.

A l'exemple du détenteur d'un bien hypothéqué, le paterfamilias est donc tenu *propter rem*. Si au moment où l'action est intentée, le titulaire de la puissance n'a plus l'*alieni juris* entre ses mains, s'il a cessé de posséder le fils de famille ou l'esclave par abandon, affranchissement ou émancipation, le demandeur succombera dans ses poursuites. En revanche il sera tenu si la *puissance* existe lors de l'action, même si elle n'existait pas au moment du délit.

2° En cas de rupture d'un contrat, le caractère de droit réel se manifeste encore plus nettement. A Rome existe le contrat par engagement de la personne du débiteur au créancier : conséquence naturelle de la copropriété familiale. Nul n'ayant des biens en propre, les débiteurs en étaient réduits à donner en garantie aux créanciers un droit sur le seul bien dont ils pouvaient

disposer, c'est-à-dire un droit sur leur personne physique elle-même.

En effet, toutes les personnes composant la famille romaine, le père, la mère, les enfants issus du mariage, sont copropriétaires des biens familiaux.

Le paterfamilias, ou ascendant paternel mâle le plus âgé, est le chef de la famille, son représentant, et, à ce titre, il a des pouvoirs absolus sur tous les biens et toutes les personnes sous sa dépendance. Mais, comme nous l'avons déjà remarqué, c'est au nom de la famille, et non dans son intérêt personnel qu'il exerce ces droits: on peut dire que c'est la famille qui agit. A la naissance de chaque enfant, le paterfamilias aura à décider si le nouveau né fera ou non partie de la famille. C'est au pater qu'incombe le soin d'adopter ou d'adroger, faisant ainsi entrer une personne étrangère dans la famille, généralement dans le but de procurer un continuateur du culte. Il remplit en outre les fonctions de prêtre, de juge, d'administrateur. — Comme prêtre, le paterfamilias dirige les *sacra privata*, et préside toutes les fêtes de famille. Comme juge, il a le droit de correction, de vie et de mort sur toutes les personnes en sa puissance. Comme administrateur enfin, il régit le patrimoine familial.

La mère de famille, par l'effet de la *manus*, est sous l'autorité absolue du paterfamilias. Elle est copropriétaire des biens familiaux au même titre que le pater. Par le mariage avec *manus*, la femme devient comme la fille de son mari; elle est *loco filiae* c'est-à-dire dans la même situation que les enfants. C'est juste car avant son mariage, alors qu'elle faisait encore partie de son ancienne famille, elle était *filia* et par suite copropriétaire des biens familiaux. Son mariage avec *manus* ayant rompu ses liens d'agnation avec sa famille naturelle, et

lui ayant fait perdre ses droits de copropriété, il était naturel de la faire entrer dans la famille de son mari où elle acquiert de nouveaux liens d'agnation et des droits de copropriété. — Au contraire le mariage *sine manu* ne fait pas entrer la femme dans la famille de son mari ; elle continue à faire partie de sa famille naturelle et conserve tous ses droits de copropriété.

Le fils de famille est également placé sous la *patria potestas* du paterfamilias. Il n'a aucune personnalité, et ne peut avoir un patrimoine propre. Il est incapable d'ester en justice et de s'obliger, au moins jusqu'en droit classique. Mais, comme la mère de famille, il a un véritable droit de copropriété sur les biens familiaux.

Les filles de famille sont dans la même situation que les fils, mais elles restent incapables de s'obliger même dans le droit classique. Pour les femmes pubères *sui juris* il leur faut l'*auctoritas* de leur tuteur, car la tutelle des femmes est perpétuelle.

Avec une telle organisation de la famille, s'explique facilement l'absence de propriété individuelle. Toutes les acquisitions faites par les personnes en puissance ne leur restent pas personnelles, elles profitent au paterfamilias, ou plutôt à la famille puisque le pater n'est qu'un simple gérant du patrimoine familial. Si les personnes en puissance sont incapables d'avoir un patrimoine propre, toutes sont propriétaires des biens familiaux, et le paterfamilias n'a pas plus de droits qu'elles, sauf ses pouvoirs d'administrateur.

Ainsi le paterfamilias, la femme *in manu*, les fils et les filles de famille sont tous copropriétaires, mais sont incapables d'avoir des biens personnels. C'est la famille seule qui est propriétaire de tous les biens. Cette constatation avait pour conséquence que, dans

l'ancien droit romain, les voies d'exécution n'étaient possibles que sur la personne même du débiteur. Les créanciers du *paterfamilias*, par exemple, ne pouvaient saisir ses biens, puisqu'il n'en était pas propriétaire exclusif; et une saisie sur les biens aurait porté atteinte à tous les membres de la famille.

A cette époque du droit romain où l'on n'est propriétaire que de sa personne, le débiteur ne pouvait s'obliger qu'en garantissant sa dette sur sa personne même, en donnant son corps en gage. L'engagement du débiteur a été le premier mode de contracter à Rome. On a prétendu que le « *nexum* » était la forme de cet engagement : le débiteur se vendait au créancier pour garantir sa dette, et pouvait être réduit en esclavage s'il ne payait pas à l'échéance. D'autres ont soutenu que le débiteur s'obligeait dans la forme du « *sadimonium* » : ce n'est qu'une hypothèse.

Quoiqu'il en soit, si le contrat était inexécuté, le créancier avait le droit de recourir à la « *manus iniectio* ». Cette « *legis actio* » permettait au créancier, trente jours après l'échéance de la dette, de s'emparer de la personne du débiteur, et de le conduire devant le magistrat. (Il peut même le traîner de force si son adversaire résiste.) Le créancier mettait alors la main sur le débiteur et prononçait ces paroles sacramentelles : « *Quod tu mihi damnatus es sestertium decem milia quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millium manum injicio* ».

Si le débiteur s'acquittait de sa dette ou fournissait une prestation équivalente, comme par exemple l'engagement de servir le créancier pendant un temps déterminé, la procédure était arrêtée et tout était fini.

Si au contraire, le saisi ne pouvait ou ne voulait payer, le magistrat adjugeait le débiteur au créancier.

Le plaignant pouvait alors s'emparer de la victime et l'emmener dans sa maison. Pendant soixante jours, le débiteur restait prisonnier du créancier. Les conditions de cette détention étaient minutieusement réglées : la loi des XII tables fixait le poids de ses chaînes, la quantité de farine qui devait lui être donnée... Durant ce délai le saisissant devait mener son prisonnier sur trois marchés successifs au forum, et faire connaître, à haute voix, le montant de sa dette, afin d'engager ses parents ou amis à le délivrer en payant pour lui.

Si le créancier était toujours impayé, il pouvait saisir le débiteur et le mettre à mort. En cas de pluralité de créanciers, ceux-ci pouvaient se partager le corps. La loi des XII tables décidait que les parts devaient être proportionnées aux dettes, mais sans que cette répartition du cadavre puisse donner lieu à un conflit entre créanciers. — Cet usage découlait des idées religieuses romaines : celui qui détenait le cadavre d'un débiteur pouvait le priver de sépulture ; or sans sépulture les âmes ne pouvaient jouir de repos ; elles devenaient des spectres qui tourmentaient sans cesse les membres de la famille, jusqu'à ce qu'on leur ait assuré la sépulture et les sacrifices. Détenir le cadavre d'une personne était donc un gage puissant pour obliger sa famille à payer.

Mais lorsque le débiteur n'avait pas de famille ou était d'une famille trop pauvre, le mettre à mort n'aurait servi à rien. Pour en retirer quelque argent, le saisissant le vendait alors à l'étranger, « *trans Tiberim* », car il était interdit de vendre un citoyen à Rome.

Ce droit pour le créancier de faire *manus injectio* sur la personne de son débiteur, de le tuer ou le vendre en cas de non paiement à l'échéance de la dette existe en toute circonstance. Le saisissant peut exercer

ce droit contre toute personne, à l'encontre du droit de la *gens*, et sans que la famille du débiteur puisse y mettre obstacle. Autrement dit, le droit du créancier sur le débiteur est muni d'un véritable droit de suite sur la personne physique du débiteur.

On voit ainsi que le droit de vengeance est un droit ayant les mêmes caractères que nos droits dits réels, et portant sur le corps même de celui qui s'est exposé à cette vengeance. Le patrimoine du débiteur ne répond en aucune façon de ses obligations. C'est tout naturel à l'origine puisque les individus n'ont pas de patrimoine propre : et, même plus tard, lorsque le patrimoine se fixe sur la tête de certaines personnes, il ne répond pas de leur dette tout d'abord.

La dette est donc un droit réel de vengeance portant uniquement sur la personne physique du débiteur. Ce droit réel est muni d'un véritable droit de suite, permettant à son titulaire de saisir la personne, objet de son droit, de partout où elle se trouve. Mais pas de droit de préférence, car, tous les droits étant réels, il ne peut y avoir de conflits entre titulaires de droits réels et titulaires de droits personnels.

On pourrait cependant concevoir un droit de préférence entre titulaires de droits réels. La règle *prior tempore potior jure* s'applique-t-elle ici ? La négative est certaine au cas de contrat : Si un débiteur a successivement engagé sa personne à plusieurs créanciers, et si l'un deux, en cas de non paiement à l'échéance, procède à la *manus injectio* et met à mort le débiteur, la loi des XII tables déclare que tous les créanciers pourront intervenir, et réclamer une part du cadavre, proportionnellement au montant de leur créance. Mais on ne tiendra pas compte de la date des créances, et le corps du débiteur ne sera pas attribué de préférence au plus ancien créancier.

Si, au lieu de mettre à mort le débiteur, les saisissants l'avaient vendu, comme esclave, à l'étranger, les créanciers se partageraient le prix proportionnellement à leur créance, tous seraient payés au marc le franc, sans qu'il y ait à distinguer entre les créanciers antérieurs et ceux plus récents.

Il est probable également que la règle *prior tempore potior jure* ne s'appliquait pas au cas de délit. On pourrait cependant admettre que si une personne a commis plusieurs délits successivement envers plusieurs personnes, la plus ancienne victime ait, par préférence aux autres, le droit de se venger sur l'auteur du délit. Mais nous n'avons aucune information à ce sujet en droit romain.

Il n'y a donc pas entre le droit réel et le droit personnel de différence sensible. Le droit personnel est un droit absolu, comme le droit réel, ayant pour objet la personne physique du débiteur.

Ce caractère absolu du droit personnel apparaît encore à propos de la transmissibilité des obligations. Si le droit personnel est un droit absolu, réel, sur la personne du débiteur, il doit certainement prendre fin par l'anéantissement du corps sur lequel il porte. C'est en effet ce qui a dû exister à l'origine de Rome, et en droit classique on en trouve encore des traces. La règle de l'intransmissibilité passive a subsisté pour les obligations pénales (GAIUS, liv. IV, § 112) : il résulte de certains textes que l'action pénale n'est pas transmissible contre les héritiers du délinquant, ils sont seulement tenus par l'action *in factum* de rendre ce qu'ils ont gagné par suite du délit. L'intransmissibilité passive a subsisté aussi pour certaines obligations contractuelles, notamment pour certaines cautions verbales, les « *fide promissores* » et les « *sponsores* ».

En revanche ce droit personnel étant collectif, c'est-à-dire appartenant à la *gens* ou à la famille, ne devait pas disparaître avec son titulaire. L'action pénale devait donc être transmissible aux héritiers de la victime. C'est ce qui paraît certain, malgré l'opinion généralement adoptée de l'intransmissibilité passive et active. On expliquerait ainsi qu'en droit classique toutes les obligations contractuelles sont transmissibles activement, sauf la créance de la femme en restitution de sa dot, et la créance de l'« *adstipulator* ». Ces exceptions résultent de l'origine toute récente de ces institutions. En outre, la créance en restitution de dot, intervenant en faveur de la femme seule, ne doit pas passer à ses héritiers, pas plus que la créance de l'*adstipulator* qui est un homme d'affaires avec qui on a traité *intuitu personae*, pour éluder la règle interdisant de plaider pour autrui.

On constate également qu'en droit classique toutes les obligations délictuelles sont transmissibles activement, sauf trois rares exceptions : les actions d'injure, de calomnie et en paiement d'amende. L'action d'injure était transmissible originairement ; nous savons en effet qu'au cas d'*os fractum* ou de *membrum ruptum* on avait droit au talion, et que ce droit à la vengeance appartenait à tous les cognats, c'est-à-dire était transmissible activement.

Nous avons ainsi étudié la conception de l'obligation dans la phase segmentaire du droit romain, et nous avons dégagé ces notions que tous les droits sont collectifs et réels. Aucune différence originaire entre le droit réel et le droit personnel. Il nous reste à voir qu'est devenue cette conception de l'obligation dans la phase historique du droit romain, à partir du *vi*^e siècle de Rome.

CHAPITRE II

Conception de l'obligation dans la phase historique du droit romain

Au ^{vi}^e siècle de Rome, la situation sociale a changé. Rome a pris contact avec les autres civilisations. Le commerce domine de plus en plus et ne tarde pas à occuper la première place. La société romaine se modifie.

La segmentation s'efface : on voit peu à peu disparaître la forte cohésion des groupements humains ; l'individu n'est plus rattaché au groupe d'une façon aussi étroite, son individualité s'affirme. D'autre part, les *gentes* ont perdu leur autonomie, leur culte, leur propriété. Les familles, fortement constituées, résistent plus longtemps, mais apparaît bientôt un relâchement des liens de famille : conséquence nécessaire du développement de toute cité commerciale, car le commerce vit d'initiative et de volontés individuelles, tend à substituer la propriété privée à la propriété collective en augmentant la richesse mobilière. L'individu commence à avoir une personnalité propre, et à bénéficier de droits qui lui restent personnels.

Tandis que la segmentation s'efface, l'organisation s'accroît. La spécialisation s'introduit de plus en plus dans la cité, aussi bien dans l'administration que dans les fonctions des simples particuliers. Le citoyen n'accomplit plus des fonctions nombreuses et différentes, il n'est plus commerçant, laboureur, soldat..., il se spécialise, donnant naissance à des types professionnels et à des classes dans la société.

Désormais l'individu se rattache, non à son groupe, mais à la société toute entière. La solidarité s'établit et s'impose de plus en plus. Une croyance commune

apparaît. On commence à croire à une chose publique, à un intérêt social l'emportant sur l'intérêt individuel. Cette chose publique doit être respectée de tous sous peine d'une sanction répressive assurée par la puissance publique. C'est alors l'organisation sociale ou étatique. Le lien religieux a passé au second plan, et l'intérêt public est devenu la source de la cohésion. L'obligation a perdu son caractère religieux, et la sanction consistant en la « *consecratio capitis* » est purement théorique. Le châtiment se réduit à l'excommunication, bientôt simple sanction morale.

Dans cette société nouvelle la conception de l'obligation a changé, les droits ont pris un caractère différent. Les droits ne sont plus collectifs, ils se sont individualisés, c'est-à-dire que leur exercice appartient à un seul individu, personne morale ou physique, et non indivisément à tous les membres d'une collectivité, comme dans la période précédente.

Dans le domaine du droit public les droits collectifs de la *gens* sur tous ses membres et les biens des *gentiles* ont à peu près complètement disparu. La communauté agraire n'existe plus et la copropriété familiale fait place à la propriété individuelle.

Le paterfamilias acquiert des pouvoirs très étendus sur le patrimoine familial. Jadis il n'était que le représentant de la famille et le gérant des biens familiaux ; pour les actes de disposition il lui fallait le concours de tous les intéressés, de tous les copropriétaires. Désormais on lui reconnaît le droit de disposer sans contrôle des biens de famille, on le considère comme un véritable propriétaire.

A l'origine les membres d'une famille étaient entièrement absorbés par le groupe dont ils faisaient partie, au point de n'avoir aucune individualité. A partir du

vi^e siècle ces mêmes personnes peuvent acquérir et exercer certains droits qui leur sont propres. C'est vrai pour le fils de famille, l'esclave, la femme.

Le fils de famille, en effet, était pour le père un objet de propriété dans les premiers siècles de Rome. Il pouvait être aliéné, abandonné, revendiqué comme un bien quelconque. A la fin de la République, les anciens attributs de la puissance paternelle tombent en désuétude. Le droit de vie et de mort disparaît, les mauvais traitements sont interdits, la vente n'est autorisée qu'au cas d'extrême misère. Le père ne conserve qu'un simple droit de correction.

La puissance paternelle ayant reçu de nombreuses atteintes, l'enfant devait acquérir une certaine personnalité, et devenir plus indépendant vis à vis de son père. On reconnaît tout d'abord au fils l'action « *de partu agnoscendo* » pour faire reconnaître judiciairement sa légitimité, le droit de s'adresser au magistrat en cas de refus injustifié du père à son mariage, une série de droits et obligations vis à vis de sa femme... Pour les biens l'évolution a été analogue.

Dans l'ancien droit le fils n'a aucun bien ; toutes ses acquisitions profitent au paterfamilias. Il ne peut devenir créancier personnellement, ni débiteur par contrat. On lui refuse le droit d'ester en justice comme demandeur ou comme défendeur. Il n'a donc rien en propre, aucune capacité ni personnalité.

Cette incapacité du fils de famille va s'atténuer progressivement avec l'apparition des pécules. On avait pris l'habitude de donner quelques biens au fils, d'abord quelques têtes de bétail, objets de peu d'importance, dont le fils avait la libre disposition, et qu'il conservait même au cas d'émancipation. Plus tard le pécule comprend une partie importante du patrimoine du pater-

familias : le fils acquiert ainsi une véritable personnalité. C'est dû au progrès de la civilisation, et au développement du commerce qui exige l'indépendance et la responsabilité de chacun. Tous les biens que le fils acquiert alors par son propre travail lui appartiennent exclusivement.

La capacité du fils de famille s'accroît dans les actes juridiques. Dans les contrats consensuels qu'il passera, on devra rechercher sa volonté probable et non celle du paterfamilias, comme dans le passé. Désormais il peut s'obliger, devenir débiteur en son nom propre. On peut le poursuivre en justice en paiement de ses dettes car il possède un patrimoine. Il peut ester en justice comme demandeur et comme défendeur.

Nous voyons ainsi les fils de famille se soustraire peu à peu à l'autorité absolue du paterfamilias, et acquérir une situation et un patrimoine indépendants, à la place de l'antique copropriété familiale. On finit, en effet, par admettre que le pécule ne ferait plus partie du patrimoine du père, et resterait définitivement fixé sur la tête du fils. C'est le cas du pécule *castrense*, créé par une constitution d'AUGUSTE qui accorde au fils de famille militaire le droit de disposer par testament de tout ce qu'il aura pu acquérir pendant son service : Le fils en a la propriété et l'administration, il est considéré comme un véritable paterfamilias. Il en est de même du pécule *quasi-castrense*, ou biens acquis par le fils au service de l'administration, ou résultant d'une profession libérale.

Toutefois les biens de famille que le paterfamilias donnera à son fils, c'est-à-dire le pécule *profectice*, resteront toujours la propriété du pater. Quant aux biens acquis au fils d'une façon quelconque, sauf ceux provenant de son père, ou ceux faisant partie du pécule

castrense ou *quasi-castrense*, ils forment le pécule *adventice* : le fils en a la propriété, mais non l'administration.

Cette même évolution tendant à reconnaître une certaine personnalité au fils de famille, se retrouve à propos de la condition juridique des esclaves.

Jusqu'au *vii^e* siècle l'esclave est traité comme une chose, sans capacité ni personnalité. Il n'a pas de famille juridiquement, pas de patrimoine, et, comme tel, ne peut devenir créancier ou débiteur. Son maître peut disposer de lui comme d'une tête de bétail, le revendiquer, l'abandonner *noxaliter*. Par suite des besoins pratiques et du développement du commerce, on reconnaît d'abord à l'esclave une personnalité empruntée à son maître : il devient ainsi un instrument d'acquisition et n'est plus considéré comme une chose.

A partir du *vii^e* siècle des garanties sont accordées à l'esclave quant à sa personne et quant à sa capacité. Il peut désormais être sujet de droits. Jadis il n'obligeait son maître que par ses délits, comme un animal, au *vii^e* siècle l'esclave peut obliger son maître lorsqu'il a traité sur son ordre, ou lorsqu'on lui a confié l'exercice d'un commerce ou la direction d'un navire.

Si l'esclave oblige son maître par ses contrats, il peut aussi s'obliger lui-même par ses contrats et ses délits, mais tant qu'il reste en puissance son obligation ne peut être exécutée. On reconnaît également à l'esclave la faculté d'ester en justice en son nom propre et dans son intérêt personnel.

L'esclave a donc une véritable personnalité surtout depuis le jour où on lui a concédé un pécule. Constitué tout d'abord par les petites économies de l'esclave, ce pécule ne fut pas sanctionné par le droit, et le maître pouvait le reprendre à tout instant, mais les mœurs

sont moins rigoureuses, et il devient d'usage de laisser le pécule à l'esclave, même en cas de vente.

Sous l'Empire, la jurisprudence considère ce pécule comme un patrimoine spécial. L'esclave a sur lui des pouvoirs très étendus : les actes d'administration et de disposition lui sont permis, sauf ceux qui porteraient une atteinte directe au maître. Le pouvoir d'administration doit lui être accordé spécialement par le maître. Tous les actes d'acquisition faits « *ex re peculi* » ou « *ex causa peculi* » profitent au pécule, sinon c'est le maître qui en bénéficie. Enfin l'esclave peut obliger le pécule par ses contrats et ses délits.

En ce qui concerne la femme, la *manus* a presque complètement disparu. Elle n'est plus copropriétaire des biens de la famille de son mari, mais, en revanche, elle garde ses droits dans son ancienne famille. La femme mariée ne tombe plus sous la *patria potestas* du mari ou de son pater. Si la femme était *sui juris*, elle reste *sui juris* malgré son mariage. Si au contraire elle était *alieni juris*, elle reste soumise à son pater qui conserve sur elle tous ses droits et peut les exercer. Tandis que la femme *alieni juris* n'a aucun bien personnellement, celle *sui juris* possède la propriété exclusive de tous ses biens, et son mariage ne modifiera en rien ses droits.

Nous assistons ainsi à l'émiettement et à la dissolution progressive de l'ancienne famille. Les personnes qui autrefois étaient copropriétaires du bien familial et ne pouvaient rien posséder en propre, obtiennent la faculté d'acquérir des biens qui sont leur propriété exclusive et leur permettent de s'obliger personnellement. Le patrimoine familial perd de plus en plus de son importance, l'ancienne famille a vu disparaître sa cohésion, la copropriété familiale a cédé la place à la propriété individuelle.

Dans la période précédente, nous avons constaté qu'au droit collectif de la *gens* sur ses membres et les biens des *gentiles*, s'était substitué un droit collectif de la cité sur tous les membres de la cité et toutes les choses à l'usage du *populus*. A partir du *vi*^e siècle ce caractère collectif du droit de la cité n'apparaît plus. Ce ne sont plus les citoyens par indivis qui sont titulaires de ce droit, c'est désormais la cité considérée comme universalité. On a ainsi dégagé la notion de la personnalité de la Nation.

Tous les droits se sont individualisés : cette évolution se manifeste encore dans le droit à la vengeance privée. En cas d'acte perturbateur de la paix, le droit à la vengeance a perdu son caractère collectif ; il appartient à l'individu qui a été lésé et non à tous les membres de la *gens* ou de la famille dont fait partie cet individu.

Dans le domaine des délits, par exemple, la vengeance du sang, qui permettait à la victime et à tous ses cognats de se venger, a complètement disparu. — Dans le domaine des contrats il y a encore quelques survivances du droit ancien, mais ces indices deviennent de plus en plus rares. On admet d'abord que le *paterfamilias* seul peut recourir à la vengeance, et, on finit bientôt par reconnaître ce droit aux personnes *alieni juris* elles-mêmes.

Dans la sphère des droits privés, nous trouvons des droits des individus sur certaines choses, sur certains biens matériels, et des droits des individus à une vengeance contre celui qui a volé à leur détriment les conditions de la paix. Les premiers sont toujours des droits réels, absolus, comme dans l'ancien droit Romain. Mais en est-il de même des seconds ? Le droit à la vengeance est-il toujours un droit réel sur la personne

physique du débiteur ? Non. Ce droit a changé d'objet.

En cas de délit ou de rupture d'un contrat, ce n'est plus sur la personne du débiteur que se vengera la victime, ce sera sur ses biens. Le droit de vengeance se trouve ainsi transporté de la personne physique du débiteur sur ses biens : c'est là la clef de la théorie juridique du patrimoine en droit romain et dans toutes les autres civilisations. Le patrimoine n'est qu'un substitut des biens à la personne physique du débiteur. C'est ce qui explique que l'idée de personnalité est étroitement liée à l'idée de patrimoine.

Le patrimoine s'étant présenté comme le substitut de la personne, les voies d'exécution se firent naturellement sur le patrimoine au lieu de s'exercer sur la personne.

Dans le très ancien droit romain, alors que tous les droits sont encore collectifs, on entend par patrimoine l'ensemble des biens qui viennent de la famille (les propres de famille), et qui doivent revenir à la famille. Le patrimoine, dans la conception romaine primitive, comprenait seulement les biens corporels qu'un chef de famille a recueilli dans la succession de son père et qu'il doit transmettre à ses enfants. Cette masse de biens est soumise au droit supérieur de la famille, qui en est seule propriétaire, et qui l'administre par l'intermédiaire du *paterfamilias*. Cette masse ne comprend pas les biens incorporels. Les dettes restent en dehors du patrimoine et les créances disparaissent avec leurs titulaires.

A cette première notion du patrimoine en a succédé une nouvelle. Le patrimoine comprend désormais l'ensemble des droits susceptibles d'évaluation pécuniaire, quelque soit leur provenance, et appartenant à une

personne déterminée. Cette deuxième notion succède à la première au fur et à mesure que les droits se sont individualisés.

Nous avons vu, en effet, qu'à l'origine l'individu n'a pas de biens individuels. Tous les biens sont objet de propriété collective, et l'individu n'est vraiment propriétaire que de son corps. On le considère cependant comme propriétaire exclusif des meubles corporels qu'il a sur lui, ses vêtements, ses armes, ses bijoux... Ce sont les seules choses qui peuvent servir de garantie aux obligations qu'il assume. C'est à ces biens qu'on s'en prendra s'il commet un délit. S'il veut s'obliger par contrat, il donnera son corps en gage de sa promesse. La seule voie d'exécution, la *manus injectio* n'a pour objet que le corps du débiteur et ses biens corporels.

Avant l'individualisation du droit de propriété il était donc matériellement impossible à un débiteur de donner à son créancier un droit sur ses biens. Mais, avec le temps, la copropriété rétrograde, les anciens biens familiaux sont soustraits à la propriété collective et deviennent des biens individuels. Tous les biens d'un individu sont considérés comme l'accessoire de la personne et le prolongement de sa personne physique. La *manus injectio* par exemple porte toujours sur l'individu, mais s'il a des biens personnels on exécutera du même coup ses biens. Après la disparition de la personne physique du débiteur il n'y a plus de patrimoine : du moment qu'on ne peut faire *manus injectio* sur le cadavre du débiteur, on ne pourra exécuter ses biens. De là le principe de l'intransmissibilité des dettes aux héritiers.

L'idée de patrimoine commence donc à apparaître lorsque l'ensemble des biens du débiteur se substitue à sa personne physique, et qu'ainsi la personne physique sort du commerce.

Cette substitution des biens à la personne était très avantageuse pour le créancier. Par la mort du débiteur le créancier retirait, en effet, une bien faible compensation de ses créances. Quant à la vente « *trans Tiberim* » si elle pouvait être utile parfois, elle était généralement insuffisante, et le prix de vente ne pouvait désintéresser tous les créanciers.

En outre une idée nouvelle se fait jour : l'acte perturbateur de la paix doit désormais être sanctionné restitutivement. C'est dû à l'influence du commerce, dont le trait essentiel est d'assurer une sanction restitutive, à la différence du droit civil ancien qui est plutôt répressif.

Cette idée restitutive apparaît aussi dans le domaine des contrats. Le débiteur engage encore sa personne, comme sûreté de sa dette, mais en pratique le créancier ne mettait plus à mort, ni ne vendait plus le débiteur en cas de non paiement à l'échéance : le saisi s'engageait à servir le saisissant jusqu'à ce que, par son travail, il eut payé sa dette. Le droit ancien s'était ainsi transformé et atténué. Une loi mal connue, qu'on place en 428, la loi *Pætelia Papiria* vint consacrer cet usage, et supprimer pour le saisissant le droit de tuer ou de vendre le saisi. Désormais le créancier impayé peut s'emparer de son débiteur par la *manus injectio*, le garder dans sa maison et le faire travailler jusqu'à satisfaction complète. La *manus* avait alors perdu son caractère brutal des premiers siècles de Rome.

L'individualisation du droit de propriété eut pour conséquence directe l'apparition de voies d'exécution sur les biens. La « *Missio in bona* » et la « *venditio bonorum* » se sont développées à côté de la *manus injectio*.

La « *missio in bona* » ou « *missio in possessionem* » avait pour but de mettre les biens du débiteur entre les

main du créancier. Ce n'était qu'une mesure conservatoire demandée au prêteur par les créanciers.

La *missio in bona* pouvait servir de moyen de contrainte pour peser fortement sur la volonté du débiteur et le décider à payer. Le plus souvent, cependant, lorsque le débiteur ne paye pas, c'est qu'il ne le peut : la *missio in bona* servait alors de préliminaire à la vente en bloc des biens du débiteur, à la *venditio bonorum*. Les créanciers désignaient parmi eux un « *magister bonorum vendendorum* » qui rédigeait un cahier des charges de la vente et procédait à des mesures de publicité. La vente avait lieu en bloc à un « *bonorum emptor* », à celui qui offrait aux créanciers le plus fort dividende de leurs créances. Le *bonorum emptor* pouvait alors entrer en possession des biens du failli à la condition de payer le dividende promis.

Désormais celui qui s'oblige, engage non seulement sa personne, mais aussi l'ensemble de tous ses biens. Le créancier a donc un véritable droit réel, un droit absolu, sur l'ensemble des biens du débiteur, puisque le patrimoine n'est que le substitut de la personne physique. Le patrimoine ainsi entendu se rapproche de notre conception actuelle. Il tend à devenir « l'ensemble des droits positifs et négatifs, susceptibles d'évaluation pécuniaire et appartenant à une personne déterminée ».

Les Romains considèrent le patrimoine comme formant un tout, composé d'un ensemble de droits. Il peut varier dans sa constitution sans pour cela cesser de former un tout. Ce qui le prouve, c'est que la « *missio in bona* » et la « *venditio bonorum* » portent sur tout le patrimoine du débiteur. La vente d'un seul bien aurait pu suffire à désintéresser le créancier, lorsque, par exemple, le débiteur fait preuve de mauvaise volonté et refuse de se libérer, quoiqu'étant

solvable. Le droit romain interdit pourtant au créancier la saisie d'un bien isolé, l'exécution doit porter sur tous les biens, sur le patrimoine en bloc. C'est très compréhensible puisque le patrimoine se subsistue dans l'exécution à la personne du débiteur. — Le débiteur conserve la faculté d'aliéner isolément des biens de son patrimoine. Les tiers n'ont pas droit de suite, et ne peuvent inquiéter les tiers acquéreurs, même si les biens sont sortis frauduleusement du patrimoine du débiteur, car l'action paulienne est récente à Rome.

Le second point essentiel de la notion de patrimoine en droit romain, est que le patrimoine dépend toujours d'une personne déterminée, qu'il est soumis à une seule et même personne. Donc pas de patrimoine sans une personne qui lui sert de support. Si le titulaire disparaît, il reste une masse de biens, mais cet ensemble ne constitue pas un patrimoine car il n'y a plus personne pour le soutenir. Cette idée est frappante en cas de mort ou de « *capitis deminutio* » du titulaire.

A la mort d'une personne, ses biens sont dévolus à ses héritiers testamentaires ou ab intestat. A l'origine les héritiers recueillent l'actif seul et ne sont pas tenus des dettes de leur auteur. C'était très juste anciennement alors que les dettes étaient des droits réels, absolus sur la personne du débiteur : elles devaient tout naturellement prendre fin avec l'anéantissement du corps du débiteur : de là l'intransmissibilité passive des obligations.

Mais lorsque les biens se sont substitués à la personne du débiteur, lorsque l'idée de patrimoine est apparue, on aurait dû reconnaître la transmissibilité passive des obligations. Même après la mort du titulaire d'un patrimoine, il reste une masse de biens qui ne devrait passer aux héritiers que déduction faite des

dettes. Le droit romain ne l'a pas admis. Le patrimoine ne pouvant exister sans une personne déterminée, à la mort de son titulaire, il y a une masse de biens sans cohésion et les dettes sont définitivement éteintes.

Dans les temps historiques, cette règle s'est atténuée pour des raisons religieuses. On jugea convenable d'obliger ceux qui prennent les biens d'une personne morte, à entretenir le culte du défunt. Ce fut imposé par deux édits pontificaux du ^{vi}e siècle. On ne tarda pas à compléter cette idée, en décidant que les héritiers seraient tenus des dettes de leur auteur.

Désormais le passif passe aux héritiers aussi bien que l'actif. Cependant, même à cette époque, on ne peut parler de transmission du patrimoine. L'hérédité n'est pas traitée comme une universalité, car pas de patrimoine sans titulaire. Si donc les héritiers sont tenus des dettes du défunt, ce n'est pas comme successeurs à son patrimoine, mais uniquement pour des raisons religieuses.

Notons que si les héritiers sont des « *heredes sui* », c'est-à-dire des personnes qui étaient sous la puissance du *de cuius* et son devenues *sui juris* par son décès, l'hérédité leur sera transmise comme telle, car ils se trouvaient dans un lien de parenté avec le défunt qui les faisait déjà regarder comme investis des biens qu'ils recueillent. Ils ne sont pas considérés comme succédant à des biens nouveaux, mais plutôt comme continuant une propriété préexistante, comme étant les héritiers d'eux-mêmes, *heredes sui*. Ils étaient copropriétaires du vivant du *de cuius*, et la mort de ce dernier n'a fait qu'accroître leurs droits. Entre le titulaire ancien du patrimoine et le titulaire actuel, il n'y a pas de solution de continuité. Le patrimoine ayant toujours une personne physique pour le soutenir, subsiste comme

tel, et les héritiers le recueillent en bloc, actif et passif.

La même solution s'imposait pour les *héritiers nécessaires*, c'est-à-dire ceux qui sont sous la puissance ou le « *mancipium* » de celui qui les a institués héritiers dans son testament, et qui ne peuvent refuser en raison de leur lien de dépendance. Déjà du vivant du testateur ils étaient copropriétaires des biens qui leur sont transmis, et ils ne succèdent pas à des biens nouveaux.

Si le défunt ne laisse pas d'héritiers siens ou nécessaires, son patrimoine n'ayant plus de support doit se dissoudre. Ce n'est plus une unité juridique, mais une masse de biens sans cohésion.

On l'admit jusqu'au début de l'Empire, jusqu'à LABÉON. Avant l'acceptation de l'héritier externe, si l'hérédité n'a été réclamée par personne, elle constitue une « *res nullius* ». Elle peut être appréhendée impunément par le premier venu, et ce dernier en deviendra maître par la possession prolongée (usucapion *pro herede*) si l'héritier ne la reprend pas à temps. Le tiers qui s'empare des biens héréditaires ne commet donc pas un vol, car l'hérédité est jacente, s'il vend tout ou partie des biens du défunt, il devra restituer seulement ce qui lui reste entre les mains le jour où l'héritier fera reconnaître son droit en justice. L'hérédité jacente est une *res nullius*, ne forme pas un tout.

LABÉON repousse cette conception. Pour lui l'hérédité est un tout, une universalité juridique, puisque le prix des biens héréditaires aliénés par le possesseur fait partie intégrante de l'hérédité. Ce n'est donc pas une masse de biens sans cohésion, mais un patrimoine qui subsiste malgré la mort de son titulaire, et même si le *de cujus* ne laisse ni héritiers siens ou nécessaires.

Une difficulté se présente alors : un patrimoine ne pouvant exister sans un titulaire, quelle est la personne qui va lui servir de support durant l'intervalle entre le décès du *de cujus* et l'acceptation de l'héritier ?

JAVOLENUS résolvait la question en déclarant que l'héritier est propriétaire dès le jour du décès. L'hérédité jacente n'est jamais une *res nullius*, et l'acceptation de l'héritier n'est qu'une simple déclaration.

JULIEN prétend au contraire que l'hérédité est soutenue par la personne du défunt. Cette théorie est conforme aux croyances populaires : l'âme survit à la mort, elle erre autour du foyer. Le *de cujus* est réputé se survivre en l'hérédité ; sa personnalité subsiste et jusqu'à l'acceptation de l'héritier il reste titulaire de l'hérédité. ULPYEN est du même avis : « *Hereditas jacens sustinet personam defuncti* » (frag. 34. Dig. liv. XXXXI, tit. 1).

Dans les deux cas on constate que c'est à l'aide d'une fiction qu'on a voulu atténuer les inconvénients de la règle que tout patrimoine doit appartenir à une personne déterminée, car à la mort d'un individu sans héritier, il n'y a personne en réalité pour soutenir son patrimoine.

Cette notion du patrimoine romain apparaît encore très nettement lorsque le titulaire subit une « *capitis deminutio* », par exemple en cas d'adrogation ou de « *conventio in manum* ».

« L'adrogation, selon la définition de M. HUVELIN, est un acte solennel qui fait tomber un citoyen romain sui juris sous la puissance paternelle d'un autre citoyen romain, établissant artificiellement entre eux les mêmes relations civiles qu'aurait engendré la procréation naturelle en légitime mariage ». L'adrogation avait pour effet de faire sortir l'adrogé de sa famille naturelle, et de le faire entrer dans celle de l'adrogeant. L'adrogé

perdait son nom, ses liens d'agnation, ses droits de succession, de tutelle... dans son ancienne famille, mais les acquerrait dans la nouvelle.

L'adrogé *sui juris* pouvait avoir un patrimoine : tous ses biens vont aller à l'adrogeant, puisque, par l'effet de l'adrogation, l'adrogé devient fils de famille et ne peut avoir de patrimoine propre, car, s'il était né du mariage de l'adrogeant, il aurait acquis pour son paterfamilias.

Il en est de même de la femme subissant une « *capitis deminutio* » à la suite d'une « *conventio in manum* ». Le mariage avec *manus* place la femme sous la *patria potestas* du chef de la famille dans laquelle elle entre. La femme change de famille et perd son *status familiae*. Si elle était *alieni juris*, elle cesse d'être soumise à la puissance de son pater et passe sous celle du paterfamilias de sa nouvelle famille. Si elle était *sui juris*, la tutelle s'éteint et elle devient *alieni juris*. Ses liens avec son ancienne famille sont rompus, mais elle en acquiert de nouveaux dans la famille de son mari. Elle est « *loco filiae* » ou « *loco neptis* ». Si la femme était *sui juris*, elle pouvait avoir un patrimoine. Ce patrimoine est acquis au mari, ou à son pater, et se confond avec ses biens. La femme n'a plus aucun droit sur son patrimoine, car elle est devenue *alieni juris*.

Originellement, la *capitis deminutio* ayant pour résultat d'anéantir la personnalité, le patrimoine n'avait plus de titulaire et cessait d'exister comme unité juridique. Celui qui le recueillait, l'adrogeant, le mari ou le paterfamilias du mari, obtenait une masse de biens et n'était pas tenu des dettes. Il ne recueillait donc pas un patrimoine, puisqu'une portion seule du patrimoine lui était transmise.

Au début de l'Empire la situation a changé grâce au prêteur : un édit déclare qu'à l'avenir on ne pourra acquérir les biens de l'adrogé ou de la femme sans être tenu des dettes. L'adrogeant, le mari ou son paterfamilias, sont alors des successeurs universels, et le patrimoine du *capite minutus* est traité comme une universalité juridique, comme un patrimoine.

Dès lors une règle nouvelle s'impose : toute dette affecte l'ensemble du patrimoine du débiteur. « *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* ». Le patrimoine comprend donc un actif et un passif, et s'exprimera par la différence entre l'actif et le passif.

Cela revient à dire que toute dette est un droit réel portant sur le patrimoine pris en bloc. Toute dette est munie d'un droit de suite chaque fois que le patrimoine est transmis comme tel, c'est-à-dire chaque fois qu'il y a succession universelle et non simple succession à titre particulier. Celui qui recueille un patrimoine est tenu des dettes *propter rem*, le patrimoine ne se comprenant que déduction faite du passif.

La dette nous apparaît donc comme un droit réel grevant le patrimoine en bloc, et entraînant droit de suite toutes les fois qu'il y a transmission du patrimoine : Les dettes passent aux successeurs universels. Cependant, malgré son caractère de droit réel, absolu, la dette n'entraîne pas le droit de préférence, ni l'application de la règle « *prior tempore potior jure* ».

C'est qu'en effet le patrimoine n'est qu'un substitut de la personne physique, or sur la personne physique les créanciers ne peuvent se prévaloir d'un droit de préférence. Nous avons vu que, sur la personne du débiteur, il n'y avait pas de conflit possible entre titulaires de droits réels et titulaires de droits personnels, car tous les droits sont réels. Quant à la règle « *prior*

tempore potior jure », elle reste sans application. Si une personne s'est engagée successivement envers plusieurs créanciers et que l'un d'eux fasse *manus injectio*, tous les créanciers sont placés sur le même pied ; ils se partageront le corps de leur débiteur proportionnellement à leurs droits, sans tenir compte de la date de leurs créances.

On doit appliquer les mêmes règles au patrimoine : en cas de pluralité de créanciers, tous concourent. Ils se feront payer sur le patrimoine proportionnellement au montant de leurs droits, sans que le premier en date soit préféré aux autres.

Dans le domaine du contrat nous avons assisté à l'évolution qui eut pour résultat de substituer l'ensemble des biens à la personne physique, conférant aux créanciers un véritable droit réel avec droit de suite sur le patrimoine du débiteur. Il nous reste à voir ce qu'est devenu, en matière de délit, le droit de la victime contre le délinquant. Est-ce toujours un droit réel sur la personne physique de l'auteur du délit ? Non, car la répression des délits a changé de caractère.

A l'origine, le seul mode de répression était la vengeance privée. La victime avait le droit de se venger du tort qu'on lui avait causé, en faisant subir au délinquant un tort égal. La victime pouvait aussi renoncer à la vengeance et pardonner moyennant une rançon. La composition pécuniaire remplace alors la vengeance, mais rien n'obligeait l'offenseur à payer la rançon, ni l'offensé à la recevoir. La composition était purement facultative. Lorsque le délinquant n'était pas assez riche pour payer l'amende exigée par la victime, il pouvait avoir recours à ses amis ou parents : C'est dans ce but que la loi des XII tables disposait que le débiteur sur lequel on a fait *manus injectio* devait être conduit à trois marchés

successifs, pour faciliter son rachat. Le père au lieu d'abandonner *noxaliter* ses enfants, préférait souvent payer l'amende.

Cette composition pécuniaire était librement débattue entre les parties, et son montant variait avec la fortune de l'auteur du délit. « Nous devons ici, dit IHERING, nous représenter à l'esprit une espèce de marché, où les deux parties débattaient leur prétentions respectives jusqu'à ce qu'elles fussent tombées d'accord. L'expression usitée pour cette négociation était *pacere*, *pacisci*, *depecisci*, et l'accord lui-même s'appelait *pactum*. La signification originaire de *pactum* n'est donc point celle d'une convention, mais celle de *pax*, paix, c'est-à-dire l'apaisement des hostilités : l'accord met fin à la discorde ». (IHERING : L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. I, pages 137, 138. Traduction de Meulenære).

La composition était donc fixée arbitrairement par les parties. Plus tard, à mesure que l'état s'est fortifié, on s'est occupé d'assurer la paix publique. L'autorité intervient pour rendre la composition obligatoire, limitant ainsi le droit de vengeance de la victime. C'est le système des compositions légales. La loi fixe pour chaque délit le montant de l'amende, et oblige la victime à s'en contenter et le coupable à la payer. Dans la loi des XII tables on constate que la composition est encore volontaire pour le vol flagrant, « *furtum manifestum* », tandis qu'elle est légale pour le vol non flagrant, « *furtum nec manifestum* ». A cette époque l'amende est donc déjà substituée à la vengeance privée pour certains délits. En cas de « *furtum manifestum* » et de « *membrum ruptum* » la composition n'est pas obligatoire et la victime peut recourir au talion. « *Ni cum eo pacit, talio esto* », dit la loi des XII tables. Mais « dans la

pratique postérieure, il n'est plus question de l'application de ce moyen extrême (le talion) ; le juge condamne à la composition même contre le gré des parties » (IHERING, op. cit. 1, page 139).

A la vengeance privée avait ainsi succédé le système des compositions pécuniaires, d'abord volontaires, puis légales. Cette intervention de l'état avait eu pour conséquence de transformer le droit de vengeance sur la personne en un droit de créance sur les biens du délinquant. La créance pénale prend alors le même caractère que la créance civile : c'est un droit réel sur l'ensemble des biens de l'auteur du délit, sur son patrimoine.

Ce caractère réel de la créance pénale n'apparaît pas aussi nettement que pour la créance civile, parce que, jusqu'en droit classique, on a refusé le droit de suite au créancier délictuel. Au cas de transmission du patrimoine du délinquant, la victime ne pouvait se prévaloir d'un droit quelconque. Les créances pénales ne s'exerçaient pas contre les héritiers de l'auteur du délit : survivance de l'idée ancienne qu'en matière de délits, le droit de vengeance de la victime porte exclusivement sur la personne du délinquant, et s'éteint par l'anéantissement du corps du débiteur. Tandis que pour les contrats on admit assez facilement la transmissibilité passive des obligations, pour les délits la solution inverse prévalut, car beaucoup de délits ne supposent pas un enrichissement de l'offenseur, tel le « *damnum injuria datum* ».

Mais lorsqu'un délit comporte enrichissement du patrimoine du délinquant, il était juste de permettre à la victime d'agir contre les héritiers de l'auteur du délit. C'est ce qu'on adopta à mesure que se multiplièrent les délits pouvant donner lieu à un enrichissement. On

autorisa la victime à poursuivre les héritiers du délinquant dans la mesure de leur enrichissement, par exemple en cas de *metus*, de *dol*, de *furtum* commis avec l'intention de réaliser un gain.

Cette règle paraît avoir été introduite au début de l'Empire par CASSIUS. Les héritiers du délinquant sont alors obligés envers la victime et peuvent être poursuivis jusqu'à concurrence de leur enrichissement. Mais ils ne sont tenus que *propter rem*, sur le montant du patrimoine recueilli, de sorte que leur obligation envers la victime peut être inférieure à celle dont était tenu l'auteur du délit.

Nous pouvons conclure en disant que dans le domaine du droit privé les personnes peuvent avoir deux sortes de droit : 1^o des droits réels portant sur des choses matérielles, sur des corps certains ; 2^o des droits réels portant sur des patrimoines pris en bloc. Comme un patrimoine suppose obligatoirement un titulaire pour le soutenir, personne morale ou physique, et que, pour atteindre ce patrimoine, il est de toute nécessité de passer par l'intermédiaire de la personne qui lui sert de support, on a qualifié de droits personnels les droits portant sur l'ensemble du patrimoine.

Le droit personnel est donc un droit absolu, au même titre que le droit réel. Seul son objet diffère : c'est un ensemble de biens, au lieu d'un corps certain.

Ainsi pas de contraste originaire et fondamental entre le droit réel et le droit personnel. Les différences que nous rencontrons en droit classique tiennent uniquement à ce que le droit réel a pour objet un bien déterminé, tandis que le droit personnel porte sur une universalité. De là résultent toutes les différences mentionnées entre le droit réel et le droit personnel.

1^o Le droit réel est toujours muni du droit de suite. Son titulaire peut suivre la chose partout où elle se trouve, et invoquer son droit à l'encontre de quiconque détient le bien. Le droit personnel n'entraîne le droit de suite que lorsque le patrimoine est transmis en bloc, en tant que patrimoine. Le droit de suite est donc donné contre les successeurs universels, car ils recueillent le patrimoine en bloc, et refusé contre les successeurs particuliers, qui ne reçoivent pas un patrimoine, mais des biens isolément.

On a prétendu que l'obligation aux dettes des successeurs universels était une conséquence de la succession universelle elle-même. C'est à tort. Si les successeurs universels sont tenus des dettes, c'est qu'ils recueillent un patrimoine, et que la dette est un droit réel sur ce patrimoine, avec droit de suite en cas de transmission du patrimoine comme tel. Dans la succession à titre particulier, il n'y a pas transmission du patrimoine et le droit de suite des créanciers ne peut s'exercer. Plus tard, l'idée de dette droit réel sur le patrimoine en bloc s'étant effacée, on a vu dans l'obligation aux dettes une conséquence de la succession universelle, mais il ne faut pas s'y méprendre.

2^o Le droit réel a comme attribut le droit de préférence, c'est-à-dire confère à son titulaire le droit d'exclure ceux qui n'ont qu'un droit de créance, et ceux dont le droit réel est postérieur en date. Ainsi le titulaire du droit réel n'aura pas à redouter les aliénations ou les constitutions de droits réels postérieures à son droit « *Nemo dat quod non habet ; qui prior est tempore, potior jure* ».

Le droit personnel au contraire n'est pas muni du droit de préférence, et la règle « *prior tempore potior jure* » reste sans application. Cette différence avec le

droit réel s'explique par une raison historique : Nous avons vu qu'au cas de pluralité de créanciers, aucun ne pouvait faire valoir un droit de préférence sur la personne physique du débiteur. Tous venaient au marc le franc, et étaient payés proportionnellement à leur créance.

Il y a aussi à cette différence avec le droit réel une raison logique : Lorsqu'un droit porte sur une chose certaine, sur un bien déterminé et individualisé, non susceptible de variations, ce bien se trouve diminué de la valeur du droit qui le grève. Le propriétaire de cette chose ne la possédant que déduction faite du droit dont elle a été l'objet, ne peut l'aliéner ou la grever d'autres droits que telle qu'elle est. Une personne ne peut porter atteinte aux droits qu'elle a constitués antérieurement sur une chose. On ne peut donner à autrui ce qu'on n'a pas, ni transférer plus de droit qu'on en a. « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ».

Il n'en est pas de même lorsqu'un droit porte sur un patrimoine, sur une masse de biens très élastique. Cette masse est susceptible d'accroissement et de diminution à l'infini. Lorsqu'un patrimoine se trouve grevé d'un droit, on ne peut dire que ce patrimoine est diminué du montant de ce droit. Il l'est momentanément, mais il est très variable. Il peut avoir reçu une compensation, un accroissement égal ou supérieur. C'est le cas de tous les actes commutatifs. En cas de vente, par exemple, le patrimoine du vendeur se trouve diminué de l'objet de la vente, mais au même moment il reçoit une valeur équivalente.

Pour savoir si la constitution d'un droit diminue un patrimoine, il faudrait une vente en bloc de tous les biens. A tout instant le patrimoine varie et même à l'insu de son titulaire, si bien qu'on ne peut jamais se

faire une idée très précise de l'ensemble de ses biens. Et un créancier ne peut se rendre compte très exactement de la valeur du patrimoine de son débiteur, car son gage est essentiellement variable.

En patrie la règle « *nemo dat quod non habet* » ne s'applique pas en matière de droit personnel : un débiteur donne toujours ce qu'il a, c'est-à-dire son patrimoine. Les créanciers les plus anciens ne peuvent donc se prévaloir d'un droit supérieur aux autres et primer les créanciers postérieurs.

Ainsi, identiques dans leur origine, le droit réel et le droit personnel se séparent dans la suite en raison de leur différence d'objet. Mais jamais le contraste entre le droit réel et le droit personnel ne dégénère en opposition absolue. On ne peut relever aucune différence de nature entre ces deux droits ; bien au contraire ils se rapprochent à plusieurs points de vue.

On doit en effet remarquer que la sanction du droit réel est en somme la même que celle du droit personnel.

Nous avons vu qu'on définissait à tort le droit réel, un droit immédiat sur une chose, un droit établissant une relation directe entre le titulaire et la chose elle-même (*jus in re*).

En réalité un rapport de droit ne peut exister entre une personne et une chose ; il n'y a de droit que de personne à personne ; seules les personnes peuvent être sujets actifs ou passifs d'un droit réel ou personnel. ORTOLAN, dans sa « Généralisation du droit romain » (page 550, note 2) a bien dégagé ce principe : « Il n'y a de droit possible que d'homme à homme, l'homme pris collectivement, comme un peuple, une corporation ou pris individuellement. Une branche d'arbre brisée par le vent me blesse, une bête fauve me mord, la

foudre brûle ma maison, la grêle saccage ma récolte : je ne dirai pas que mon droit a été violé. Faites intervenir l'homme et l'idée des actions ou inactions qui lui sont imposées à notre égard, le droit apparaîtra ».

KANT exprime aussi cette idée avec précision dans la « Métaphysique de la doctrine du droit » (traduction de BARNI, page 88), et il termine en disant : « Il est absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoiqu'il soit très permis de rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi ».

Le droit réel s'analyse donc en un rapport obligatoire dont le sujet passif est la collectivité. Pour assurer le plein exercice d'un droit réel, il faut imposer à tous, sauf au titulaire du droit, l'obligation de s'abstenir de troubler l'exercice de ce droit, ou même l'obligation de restituer l'objet de ce droit. La sanction du droit réel est ainsi identique à celle du droit personnel. Comme le droit personnel, le droit réel aboutit à une prestation ou à une abstention de la personne contre qui il est intenté.

« Le droit réel, dit M. LÉVY, suppose une chose déterminée dans son individualité sur laquelle il porte. Cela est vrai. Mais cela ne le distingue que des obligations qui n'ont pas pour objet une chose déterminée. Encore convient-il ici de rappeler que l'action de propriété peut avoir directement pour objet des dommages-intérêts, c'est-à-dire la livraison d'une chose qui ne peut être déterminée que dans son espèce. D'une façon générale, d'ailleurs, l'action réelle a pour objet, comme l'action personnelle, une prestation, en d'autres termes, l'accomplissement d'un fait : ce fait est l'abandon de la chose par le possesseur » (E. LÉVY. De la preuve par titre du droit de propriété immobilière, 1896).

L'identité de sanction des droits réels et des droits personnels est frappante dans la procédure romaine.

Nous savons que sous le système des « *actions de la Loi* », la « *legis actio per sacramentum in rem* » servait à sanctionner les droits qu'on possède sur une chose (*jus in re*), c'est-à-dire les droits réels. La revendication était le cas d'application le plus ancien et le plus important du « *sacramentum in rem* ».

Bientôt le *sacramentum* s'adapte à une nouvelle fonction : à l'origine on engageait son corps en garantie de la promesse que l'on faisait à autrui. Si la promesse n'était pas accomplie à l'échéance, le créancier avait recours à la *manus injectio*. Mais le promettant pouvait contester sa promesse. C'était une question de preuve à établir, qui se liquidait d'abord par le duel judiciaire, et plus tard devant un arbitre. Ainsi apparut une nouvelle forme du *sacramentum*, la « *legis actio per sacramentum in personam* » qui sanctionne les droits qu'on a contre les personnes, les droits *in personam* ou droits personnels. Lorsque les voies d'exécution sur les biens furent substituées à celles sur la personne, on conserva la façon ancienne de parler, mais le droit personnel ne tend plus qu'à contraindre le débiteur à fournir une prestation au créancier.

Le résultat de ces deux *legis actiones* est absolument identique. Dans le cas de « *sacramentum in personam* », le créancier qui avait réussi à prouver son droit, pouvait exiger du débiteur l'exécution de sa promesse, à défaut de quoi il faisait *manus injectio*.

Une difficulté pouvait cependant se présenter lorsque la créance ne portait pas sur une somme d'argent déterminée, car la *manus* ne sanctionnait que les créances d'argent dont le montant est déterminé. Comment obtenir l'exécution d'une créance dont l'objet était un

corps certain ? Le droit romain imagina une procédure intermédiaire « *l'arbitrium liti estimandae* » qui a pour but de liquider en argent le corps certain. Cette évaluation en argent avait pour résultat de permettre au créancier d'exercer la *manus* pour le montant de la « *litis estimatio* ».

Dans le « *sacramentum in rem* », lorsque le demandeur en revendication avait obtenu gain de cause, il n'avait aucun procédé direct pour obtenir la restitution de sa chose. La sanction était réglée comme dans le « *sacramentum in personam* ». Le revendiquant, pour faire *manus injectio* sur son adversaire, devait tout d'abord provoquer un « *arbitrium liti estimandae* », car l'objet de son droit n'était pas une somme d'argent déterminée. L'arbitre estimera en argent la valeur du bien revendiqué, et pour cette valeur le demandeur pourra recourir à la *manus*.

Dans le « *sacramentum in personam* », comme dans le « *sacramentum in rem* », c'est-à-dire dans les actions personnelles comme dans les actions réelles, le demandeur obtiendra une somme d'argent. Ce système fut également consacré dans la procédure formulaire où l'on admet le principe que toutes les condamnations sont pécuniaires, même au cas de revendication, au cas d'action réelle. Cette solution s'explique facilement par les origines historiques de la formule qui découle de « *l'arbitrium liti estimandae* ».

On voit ainsi que dans la procédure formulaire, en vertu du principe des condamnations pécuniaires, le juge ne peut condamner le défendeur à la restitution de la chose objet du litige, mais seulement à une somme d'argent, dans les actions réelles comme dans les actions personnelles. En somme toutes les obligations se résolvent en un droit à de l'argent, à un droit portant

sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. Dans les actions réelles le juge fixe en argent le montant de la condamnation, et, en ce sens, on peut dire que toute action réelle se ramène à une action personnelle en paiement d'une somme d'argent.

Ce n'est que par des moyens indirects que le titulaire d'un droit réel a pu obtenir le résultat qu'il avait en vue. Il était fâcheux, en effet, pour le demandeur de recevoir de l'argent au lieu de la chose qu'il réclamait : L'arbitre ordonnait alors au défendeur de restituer la chose même, et il ne le condamnait à une somme d'argent que si son ordre n'était pas exécuté. Généralement le défendeur préférera restituer et éviter les rigueurs des voies d'exécution.

« Il importe donc, dit M. LÉVY, de ne pas exagérer l'opposition entre le droit réel et le droit de créance... Rappelons que sous la procédure formulaire, les condamnations ont pour objet invariable de l'argent, ce qui exposait le propriétaire lui-même à la loi du concours. N'oublions pas non plus que la *rei vindictio* était possible contre celui qui avait perdu la possession par dol et contre celui qui, ne possédant pas, s'était néanmoins présenté comme possesseur ; elle avait alors nécessairement et exclusivement les caractères d'une action en indemnité.

D'autre part, dans le très ancien droit de Rome, on peut dire et on a dit que, grâce à la *pignoris capio*, à la *manus injectio*, il n'y avait pas de droits de créance, mais plutôt des droits réels. Ces moyens d'exécution, en effet, donnaient directement ou indirectement un droit sur la personne ou les biens mêmes de l'obligé. » (op. cité, page 123).

L'identité de sanction est une preuve manifeste qu'il n'y a aucun contraste de nature entre le droit réel et le

droit personnel. On peut du reste ajouter que le droit personnel n'exclut pas nécessairement tout droit de préférence ou tout droit de suite. Le droit romain nous offre des exemples de droits personnels munis d'un droit de préférence : ce sont tous les droits garantis par un *privilegium inter personales actiones*.

Il en est ainsi de la créance du mineur contre le tuteur : si le tuteur est insolvable, le pupille pourra se faire payer avant tous les créanciers chirographaires. Il en est de même en matière de dépôt sans intérêts : le déposant a un *privilegium inter personales actiones* pour passer avant les autres créanciers. C'est encore le cas de la créance de la femme contre son mari en restitution de la dot : l'action *rei uxoriae* est sanctionnée par un *privilegium inter personales actiones*, permettant de se faire payer de préférence aux créanciers chirographaires du mari.

Enfin on peut dire que certains droits personnels ont suite et préférence, par exemple tous ceux garantis par une sûreté réelle, par un gage ou une hypothèque.

Donc pas d'opposition absolue entre le droit réel et le droit personnel. Le droit romain classique s'en rendait parfaitement compte et souvent il admit la combinaison de ces deux droits. Dans la servitude d'appui (*oneris ferendi*) on voit le droit réel de servitude entraîner des obligations personnelles de la part du propriétaire du mur d'appui. De même pour le droit de superficie et le droit d'emphytéose.

Cette étude du droit romain sur l'évolution de l'obligation nous a permis de constater que les différences relevées entre le droit réel et le droit personnel n'ont rien d'obligatoires. Identiques dans leur origine, ces deux droits se sont séparés dans la suite en raison de leur différence d'objet. C'est à tort que les commentateurs

du moyen âge et la doctrine actuelle ont exagéré la distinction, établissant une opposition absolue entre le droit réel et le droit personnel.

Les principes généraux du droit germanique en matière d'obligation vont nous amener à la même conclusion.



SECTION DEUXIÈME

« Conception de l'obligation en droit Germanique »

CHAPITRE I^{er}

Système primitif

Nous allons assister à une évolution sensiblement analogue à celle du droit romain.

A l'origine, les Germains étaient un peuple pasteur et pêcheur. Ils ne tardèrent pas à abandonner la vie nomade pour se livrer à l'agriculture. A cette époque ils durent pratiquer la propriété collective de la tribu, mais les différents groupes qui composaient la tribu se séparèrent graduellement pour former des communautés de villages. La propriété privée a déjà fait son apparition. (On est cependant encore loin de la propriété individuelle).

Lorsque les peuplades germaniques envahirent l'empire romain elles étaient toujours de forme segmentaire. Tous les hommes étaient répartis en clans, sippés, familles. Pas de division du travail, tous les groupes sont autonomes et se procurent par eux-mêmes de quoi satisfaire à tous leurs besoins. Cet état social devait entraîner les mêmes conséquences qu'à Rome, c'est-à-dire la collectivité et la réalité de tous les droits.

Nous constatons en effet que tous les droits sont collectifs. Avant les invasions, les Germains pratiquaient la communauté de village ; ils apportèrent naturellement dans l'empire romain les usages qu'ils avaient suivi pendant de longs siècles. Les Francs, notamment, sont répartis en petits groupes constituant des villages ou « *villae* ». Le lien de cohésion des divers individus d'un même groupe est le souvenir d'un ancêtre commun.

Chaque famille composant la « *villa* » habite une maison entourée d'un petit enclos dont elle a la propriété. Le reste des terres est la propriété commune de tous les habitants de la « *villa* », et forme ce qu'on appelle la « *mark* »... Aucun étranger ne pouvait faire partie de ces « *villae* » sans le consentement de tous les habitants, des « *vicini* » : c'était juste, car l'étranger devenait propriétaire de la maison et du sol qu'il avait acquis, et obtenait une part des biens communs. — Cette propriété collective de la *villa* avait aussi pour résultat d'interdire la vente d'une propriété privée sans le consentement de tous les *vicini*.

Bientôt, cependant, la copropriété familiale devait l'emporter sur le régime de la communauté de village.

Notons que la famille germanique se séparait de la famille romaine par des différences profondes. Tandis qu'à Rome la famille avait pour fondement le lien civil créé par la *patria potestas*, l'agnation ; la famille

germanique était basée sur la parenté naturelle, sur les liens du sang, ou « *cognatio* ». Tandis qu'à Rome la *patria potestas* était absolue au point d'absorber la personnalité des membres de la famille ; chez les Barbares elle est bien plus douce : c'est plutôt une mesure de protection en faveur des enfants.

En droit germanique le père est un simple copropriétaire ; il n'a pas sur les biens familiaux de droits plus étendus que les personnes en sa puissance ; il est simple administrateur du patrimoine familial. Chaque membre de la famille a son individualité, et tous sont copropriétaires.

Les fils de famille sont copropriétaires des biens familiaux, sont des « *heredes sui* ». Le père ne peut faire des actes de disposition sans leur consentement. On admet même que les fils pouvaient obliger leur père à leur abandonner une portion des biens familiaux : conséquence de leur droit de copropriété.

Il semble, à première vue, que les filles ne sont pas copropriétaires, car, à l'origine, elles sont exclues de la succession immobilière, et plus tard elles succèdent seulement à défaut de fils. En réalité elles sont copropriétaires au même titre que les fils. Si elles sont exclues de la succession immobilière, c'est uniquement par mesure de protection, afin d'assurer la conservation des biens dans la famille. Leur droit de copropriété découle de ce que leur consentement est requis en cas de vente ou de donation d'un bien familial.

Quant à la mère, elle est généralement considérée comme copropriétaire du patrimoine familial. Il est cependant difficile de se prononcer, car si la loi exige son consentement pour les ventes et les donations, elle lui refuse le droit de recueillir les biens de son mari par succession.

La famille germanique ne comprenait pas que le père, la mère, et les enfants. Comme le fait remarquer M. VIOLLET (Précis. - page 705.) « Plusieurs frères sont restés groupés, et par conséquent la communauté se compose non seulement de pères et d'enfants, mais d'oncles et de neveux... Sans doute, dans les textes législatifs qui nous sont parvenus, et déjà au temps de TACITE, les fils excluent tout autre parent et ont seuls droit à la succession de leur père, mais divers symptômes nous permettent d'entrevoir une période primitive où les fils entraient en compétition, avec les parents collatéraux. »

A la tête de la famille est le père, dont les droits de copropriété sont en tous points semblables à ceux des autres membres. Il a pourtant des pouvoirs plus étendus comme chef et représentant de la famille. Le « *mundium* » primitif conférait au père une puissance absolue, lui donnant le droit de vie et de mort sur ses enfants. TACITE nous le montre encore en possession de ces pouvoirs excessifs, mais il ajoute de suite des restrictions.

Par exemple le mari peut chasser sa femme adultère mais seulement en présence des parents : « *mulierem coram propinquas expellit domo maritus.* »

« Très peu d'adultères se commettent dans une nation si nombreuse ; et le châtimént, qui suit de près la faute est abandonné au mari. On rase la coupable, on la dépouille et, en présence des parents, le mari la chasse de sa maison et la poursuit à coups de verges par toute la bourgade. (Tacite : Mœurs des Germains : XIX. - Traduction BURNOUR). — De même, si le père peut donner sa fille en mariage, il lui faut l'assentiment de ses proches parents. — Enfin s'il use de son pouvoir suprême à l'égard de ses enfants, il est entaché d'infamie.

En fait il y a donc le plus souvent participation des parents dans l'exercice du « *mundium* » qui est conçu, avant tout, comme moyen de protection des faibles.

En somme, le régime dominant chez les peuplades germaniques est la copropriété familiale : toutes les terres sont indivises entre les membres de la famille qui en est seule propriétaire exclusive. Les individus n'ont pas de droit en propre ; tout ce qu'ils acquièrent profite au groupe familial.

Ce caractère collectif des droits est surtout notoire en matière de vengeance. Lorsqu'un membre d'une famille a été victime d'un préjudice quelconque de la part d'un membre d'une autre famille, la famille offensée acquiert un droit collectif à la vengeance privée. Il en est ainsi soit en cas d'acte perturbateur des conditions générales de paix (délit), ou des conditions spéciales de paix (rupture d'un contrat.) L'obligation de la vengeance, ou « *faida* » incombe à la famille entière. La victime du dommage, aidée de ses parents, peut causer à l'auteur du délit un dommage égal, exercer le talion.

Comme en droit romain, une convention pouvait intervenir entre les deux parties, et la famille de l'offensé pouvait renoncer à la « *faida* » moyennant une rançon que la famille de l'offenseur s'obligeait par serment (*urfehde*) à payer. On désintéressait à prix d'argent la famille outragée. Ce prix comprenait, d'une part, une composition pécuniaire (*fredus*) versée à la famille de la victime afin d'obtenir sa renonciation au droit de vengeance ; d'autre part, une amende payée au titulaire de la puissance publique, parce que le délit a porté atteinte à la paix publique. La composition pécuniaire prenait le nom de « *wehrgeld* » lorsque le délit commis était un meurtre.

Ce caractère collectif du droit à la vengeance nous est confirmé par TACITE (Mœurs des Germains. — XXI.) « *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.* »

Quelle est la nature de ces droits collectifs, autrement dit quel est l'objet sur lequel ils portent, tant en matière de délit qu'en cas de contrat.

En droit germanique, comme à Rome et dans toutes les civilisations primitives, c'est d'abord sur la personne physique du débiteur que s'exerce le droit à la vengeance, et ce droit présente tous les caractères des droits réels. Ce sont donc non seulement les droits portant sur des choses déterminées qui revêtent les caractères de nos droits dits réels, mais aussi les droits sur la personne du débiteur. Nous retrouvons ici l'équivalent de ce qui existait dans les premiers siècles de Rome.

En cas de délit, par exemple, la victime ou sa famille exerçait son droit de vengeance sous forme de talion. Elle pouvait exercer ce droit en toute circonstance, et suivre le délinquant entre les mains de tout possesseur; « *noxa caput sequitur* ». Le droit de vengeance conférait ainsi à son titulaire un droit de suite sur la tête du délinquant.

Si l'auteur du délit est *alieni juris*, la victime peut agir contre celui dont il est en puissance pour réclamer soit une composition pécuniaire, soit l'abandon du coupable. Le maître répond de ses animaux, femmes, enfants, esclaves, mais il n'est tenu que *propter rem*. Si donc il n'a plus le délinquant entre les mains, il ne peut être inquiété; si au contraire il possède le coupable, il doit l'abandonner à la vengeance de la victime ou payer l'amende. (C'est l'analogie de l'action noxale romaine). Charte de Fribourg, chap. 36.

Dans les contrats nous retrouvons encore ce caractère de droit réel, absolu, portant sur la personne du

débiteur. Le droit germanique connaissait les contrats sous forme d'engagement de la personne physique du débiteur comme garantie de sa promesse.

A l'origine, en effet, la seule forme susceptible de donner naissance à des obligations était la « *fides facta* », sorte de cérémonie formaliste ayant pour but de mettre le corps du débiteur (et plus tard ses meubles), à la discrétion du créancier. La « *fides facta* » avait pour résultat de conférer au créancier un droit directement exécutoire. Elle se réalisait par la « *festucatio* » ou par la « *wadiatio* ».

La « *festucatio* » comprenait, d'une part, la prononciation dans l'assemblée populaire de paroles solennelles par lesquelles le débiteur s'obligeait, d'autre part, l'accomplissement de certains gestes au moyen d'une « *festuca* », ou bâton revêtu de certains signes religieux, et qui était pour ainsi dire le dieu de celui qui le portait. Le promettant prononçait une formule solennelle et jetait sa « *festuca* » dans le sein de son créancier « *in laesum* » : c'était la « *laesowerpitio* ». On a prétendu qu'en livrant ainsi son bâton le débiteur déclarait se livrer sans défense au créancier. Mais il est plus probable que le débiteur faisait un serment sur sa « *festuca* » et la remettait au créancier qui ne devait la restituer qu'après l'extinction de l'obligation.

La « *wadiatio* » était un autre procédé pour le débiteur d'engager son corps au créancier en sûreté de sa parole. Des formules de l'époque franque nous donnent des modèles d'engagements de ce genre. (Formules de MARCULF, livre II, form. 28). « *obnoxiationes* ». Il y a même des formes symboliques ayant pour but d'indiquer qu'on remet son corps en gage au créancier : le débiteur se mettait une corde au cou et faisait tenir l'autre bout au créancier ; ou bien encore le créancier saisissait le débiteur par les cheveux...

Le créancier ayant ainsi un droit de gage sur le corps de son débiteur, la non exécution du contrat devait entraîner des voies d'exécution sur la personne, et plus ou moins rigoureuses suivant les époques, les peuplades et les termes de la convention. Dans la loi Salique, en cas de non paiement de la dette à l'échéance, le créancier avait le droit de mettre à mort son débiteur (Loi Salique, titre 58). D'autres lois autorisent seulement à réduire le débiteur en esclavage perpétuel. Au moyen âge on se contente de faire travailler le débiteur jusqu'à complète satisfaction.

Le droit de vengeance nous apparaît donc comme un droit réel, absolu, sur la personne physique de celui qui s'est exposé à cette vengeance, en cas de délit ou à l'occasion de la rupture d'un contrat. Comme à Rome, ce droit de vengeance est muni du droit de suite, permettant à son titulaire de l'exercer partout et toujours, mais il n'entraîne pas droit de préférence ni l'application de la règle « *prior tempore potior jure* » : tous les créanciers se payent sur le corps de leur débiteur, proportionnellement au montant de leurs créances, sans tenir compte de la date de leurs droits.

Ce caractère absolu des droits devait avoir une influence sur la transmissibilité des créances et des dettes. La dette étant un droit sur la personne physique du débiteur ne devait pouvoir survivre à l'anéantissement du corps sur lequel elle portait. En est-il ainsi dans le droit germanique ? Peut-on poser le principe de l'intransmissibilité passive des obligations ? On pourrait en douter, car la solidarité familiale est bien plus prononcée en droit germanique qu'à Rome.

Tandis que le paterfamilias romain pouvait disposer à son gré des biens familiaux, chez les barbares il lui

faut le consentement de tous les copropriétaires, de tous les héritiers présomptifs.

On trouve un exemple de cette solidarité très étroite dans le titre « *De Chrenecruda* » de la loi Salique. ESMEIN nous dit en effet que « d'après la loi Salique, l'homme condamné à payer une composition (au moins la composition homicide) pouvait, s'il était insolvable, rejeter sur ses proches le paiement de sa dette. Ainsi le voulait l'antique solidarité de la famille. Mais en imposant à ses parents cette contribution forcée, il devait leur abandonner sa maison et son enclos. Le titre *De Chrenecruda* décrit le transfert symbolique qui intervenait alors. » (ESMEIN, études sur les contrats dans le très ancien droit français, page 153).

Ce transfert symbolique se réalisait ainsi : le débiteur insolvable prenait un peu de terre et la jetait sur ses parents en franchissant la haie qui bordait son héritage. Les parents devenaient propriétaires de l'enclos et de la maison, mais ils étaient tenus des dettes.

Cette solidarité apparaît encore très nettement dans le système des cautions. Lorsqu'une personne s'engageait elle offrait généralement des cautions comme garanties accessoires de sa dette. Ces cautions (ou fidéjusseurs), appelées « *pleiges* » au moyen âge, s'engageaient solidairement avec le débiteur principal. Elles étaient liées très étroitement et ne pouvaient échapper au paiement total en faisant diviser la dette entre toutes les autres cautions. Or ces *pleiges* sont, le plus souvent, les parents du débiteur. Il est très vraisemblable qu'à l'origine toute la famille s'engageait pour son chef, et chaque membre était tenu personnellement.

Cette solidarité familiale existait même au cas d'emprisonnement pour dettes. « Les cautions en particulier, dit ESMEIN (op. cité, page 128), s'obligent à tenir prison

à toute réquisition du créancier. Cela était une forme de plégerie si usitée, qu'elle prit un nom particulier, l'ostage, *ostagium*. »

Les co-jureurs étaient également pris dans la famille : lorsqu'une personne était accusée d'avoir commis un délit, elle pouvait appeler tous ses parents pour lui servir de témoins, et affirmer avec elle sa non culpabilité, sous la foi du serment. C'est encore là une preuve de la solidarité familiale.

La loi Salique nous dit aussi que lorsqu'un père de famille a été tué, le « *wehrgeld* » payé par le meurtrier revient pour moitié à ses fils, l'autre moitié est partagée entre les plus proches parents, tant du côté paternel que du côté maternel. Et inversement tous les parents du meurtrier doivent contribuer au paiement de la composition pécuniaire. (Loi Salique, titre 62. De compositione homicidii).

Si une veuve se remarie, le prix d'achat versé par le nouveau mari appartient aux plus proches parents de la veuve (Loi Salique, titre 44).

Tous ces faits nous montrent l'existence d'une solidarité familiale très étroite. Il semble que les obligations contractées par un membre d'une famille imcombent à tous les autres membres. Cette solution nous paraît encore confirmée par le titre 60 de la loi Salique : Si l'obligation de payer la « *faida* » est une charge trop lourde pour les parents, ils peuvent s'en exonérer en rompant le lien de famille. Celui qui voulait sortir de la famille se rendait au « *mallum* », brisait sur sa tête quatre baguettes d'aulne, qu'il jetait des quatre côtés du « *mallum* » en déclarant qu'il n'a plus rien de commun avec ses parents. En quittant la maison paternelle l'enfant perd tous ses droits de copropriété et de succession. Il est dit « *forisfamiliatus* ».

Devons-nous alors admettre la transmissibilité passive des obligations en droit germanique ? La négative s'impose. Les héritiers d'une personne ne sont tenus de ses dettes que « *propter rem* », parce que le corps de l'obligé appartient à la famille. A la mort d'une personne, la famille n'est donc pas tenue des dettes, sauf toutefois l'abandon du cadavre aux créanciers. Chez les barbares, comme à Rome, les obligations sont intransmissibles passivement ; si les héritiers sont tenus des dettes ce n'est que « *propter rem* ».

Par contre, en raison du caractère collectif de tous les droits, le droit réel sur la personne du débiteur doit être transmissible activement aux héritiers du créancier. On l'a contesté cependant, car on trouve quelques actes où il est stipulé que le débiteur se libérera entre les mains de son créancier ou de ses héritiers. Mais en réalité le principe ne fait pas de doute : transmissibilité active des obligations.

CHAPITRE II

Modifications apportées à la conception première de l'obligation

La conception primitive de l'obligation germanique, très comparable à celle du très ancien droit romain, ne devait pas tarder à se transformer.

Nous constatons, en effet que la segmentation s'efface de plus en plus pour faire place à l'organisation. La spécialisation s'introduit. Les familles perdent leur

autonomie, et s'émiettent à mesure qu'apparaît la propriété individuelle.

En outre l'influence du droit romain était toute puissante et devait amener une évolution analogue à celle qui s'est produite à partir du ^{vi}e siècle de Rome. C'est ainsi que les droits s'individualisent. Le droit de vengeance n'appartient plus à la famille entière, mais à la victime seule. C'est l'offensé qui percevra la composition pécuniaire en totalité, et c'est l'auteur du délit qu'on devra obliger à payer,

Désormais les droits ne sont plus des droits réels sur la personne du débiteur. Le droit de propriété s'étant individualisé, les débiteurs engagent les biens dont ils sont propriétaires exclusifs. Les biens sont ainsi substitués à la personne physique du débiteur, et l'obligation est conçue comme un droit absolu sur le patrimoine de l'obligé. Ce droit porte-t-il sur tous les biens du débiteur? A-t-on dégagé de suite comme à Rome, la notion de patrimoine? Non, il y a une période intermédiaire où les obligations ont pour gage exclusif les meubles du débiteur, et tout particulièrement les meubles corporels. Ils sont censés adhérer aux os, et ce sont ces meubles seulement que le débiteur peut donner en gage.

Dans les lois barbares, en effet, comme dans toutes les civilisations primitives, les meubles sont considérés comme la propriété de ceux qui les possèdent. Les immeubles, au contraire, font partie du patrimoine de la famille.

Le patrimoine familial comprend-il tous les immeubles? Dans la première rédaction de la loi Salique, tous les immeubles sans distinction sont propriété commune. Dans la deuxième rédaction on distingue deux catégories d'immeubles : la « *terra salica* » et les autres biens. Seuls les héritiers mâles pouvaient hériter de la terre Salique,

les femmes succédaient aux autres biens. La terre « *salica* » est donc celle qui passe à l'héritier mâle, et qui doit toujours rester dans la famille comme bien commun à tous les parents. Cette terre « *salica* » se compose de toutes les terres transmises au chef de famille par succession.

La loi Ripuaire, dans le titre « *de alodibus* » parle de « *terra aviatica* ». « *In hereditatem succedant....., in hereditatem aviaticam non succedant* ». Il est probable que cette « *terra aviatica* » était possédée par les ancêtres et constituait le patrimoine commun de la famille.

On comprend que, dans une telle organisation, les créanciers n'aient action que sur les biens meubles de leurs débiteurs. Les meubles sont réputés faire corps avec la personne du débiteur, notamment les meubles corporels, les armes, vêtements, bijoux..... « *Mobilia quae ossibus inhaerent* ». Lorsque le débiteur contractait, c'est ses meubles qu'il donnait en gage à ses créanciers, et, à défaut de paiement à l'échéance, le créancier pouvait saisir les meubles. La « *fides facta* » avait tout d'abord pour but de mettre le corps du débiteur à la discrétion du créancier, plus tard elle ne donne un droit que sur les meubles. Si, à l'échéance de la dette, le débiteur refuse de laisser exécuter son gage, il s'expose à une amende de quinze sous d'or. S'il persiste le créancier peut l'ajourner devant le *mallum* et requérir du *thonginus* la formule exécutoire. Le créancier peut alors saisir les meubles du débiteur après trois sommations, chacune entraînant le paiement d'une amende.

Au contraire les immeubles, la terre, faisant partie du patrimoine familial, ne pouvaient être engagés par le débiteur ou saisis par le créancier. Et toute personne n'ayant que des immeubles était considérée comme insolvable.

Plus tard on assimile aux meubles les immeubles qui ne provenaient pas de la succession paternelle, c'est-à-dire ceux qui ont été acquis. Les acquêts appartiennent en propre à l'acquéreur, la famille n'a aucun droit sur eux et leur propriétaire peut en disposer librement. Les acquêts immeubles sont ainsi soumis au même régime que les meubles.

Cette distinction de deux catégories d'immeubles devait soulever de grandes difficultés pour la saisie immobilière, seuls les immeubles acquêts pouvant faire l'objet de voies d'exécution. Aussi on admit difficilement la saisie immobilière, et, lorsqu'elle fût en vigueur, elle avait plutôt un caractère subsidiaire : on n'avait recours à la saisie immobilière qu'en cas d'insuffisance des meubles. BEAUMANOIR nous dit (coutume de Beauvoisis, chap. 54) que les créanciers saisissent d'abord les meubles, et les immeubles seulement lorsque le prix provenant des meubles était incapable, à lui seul, de désintéresser tous les créanciers.

Le droit romain avait aussi connu la copropriété familiale ; il est certain que les biens appartenant à la famille ont dû échapper au droit de poursuite des créanciers. Mais cette phase du droit romain où les biens familiaux ne répondaient pas des dettes a été très courte, et la notion d'un patrimoine unique s'est vite dégagée. En droit germanique au contraire, jusqu'au ^{xvii}^e siècle on admit la notion de patrimoine multiple dont un seul répond des dettes : le patrimoine mobilier et les acquêts immeubles. La raison du maintien jusqu'au moyen âge de cette idée de patrimoine multiple est l'avènement du régime féodal. D'après les principes féodaux les immeubles ne pouvaient répondre des dettes et faire l'objet de voies d'exécution.

Nous savons, en effet, que le trait caractéristique du régime féodal est l'institution de la « *tenure*. » C'est une forme de propriété immobilière qui s'oppose à la propriété libre et indépendante. La propriété se divise en propriété utile et en domaine éminent. La propriété utile appartient au tenancier qui la cultive et en tire les revenus. Le domaine éminent appartient au seigneur et lui assure des droits perpétuels. Cette dépendance des terres entraîne une série de devoirs du tenancier vis-à-vis du seigneur, devoirs qui varient avec le mode de tenure, car il y avait des tenures nobles ou « *fiefs* », et des tenures roturières ou « *censives*. » Le seigneur pourra exiger du noble le service militaire, et réclamer au censitaire des services d'ordre pécuniaire, des redevances annuelles.

Dans le régime féodal la classification des personnes dans la société repose sur la tenure : la hiérarchie des terres a pour conséquence la hiérarchie des personnes. Le roi est le chef parce qu'il possède la terre supérieure, celle d'où tout le monde relève. Ainsi la place d'une personne dans la société dépend de la terre qu'elle occupe.

Avec un tel régime dédoublant la propriété en domaine utile et en domaine éminent, on ne pouvait permettre au vassal ou au censitaire d'engager leurs tenures, car ils auraient porté atteinte aux droits du seigneur. C'est donc le régime féodal qui maintint jusqu'au moyen âge la distinction entre les meubles et les acquêts d'une part, les immeubles d'autre part.

Les conséquences de la pluralité de patrimoines sont nombreuses. Tandis que le patrimoine familial ne répond pas des dettes, la solution inverse prévaut pour le patrimoine extra-familial : Les créanciers n'auront action que contre les héritiers aux meubles et acquêts,

et ces héritiers seront tenus de toutes les dettes successorales. — Les dettes de chaque époux tombent dans la communauté conjugale à la suite des meubles. — Dans le régime sans communauté le mari doit payer les dettes de la femme parce qu'il prend les meubles.

De même, la femme noble qui veut se soustraire aux dettes n'a qu'à renoncer aux meubles et acquêts, à la dissolution du mariage. — Enfin si l'exécuteur testamentaire a la charge de payer les dettes, c'est qu'il a la saisine des meubles.

Le droit personnel se présente donc dans les coutumes barbares comme un droit réel sur les meubles et les acquêts immeubles dans leur ensemble : conséquence de la substitution des biens à la personne physique du débiteur. Ce droit entraînera droit de suite chaque fois que le patrimoine sur lequel il porte sera transmis en bloc. Il ne sera pas muni du droit de préférence, et la règle « *prior tempore potior jure* » ne recevra pas son application, parce que les biens ne sont qu'un substitut de la personne du débiteur.

Il est faux de parler de transmissibilité passive des obligations. Si l'héritier des meubles et acquêts est tenu de payer les dettes du de cujus, ce n'est pas comme continuateur de la personne du défunt, mais « *propter rem* », parce qu'il recueille un patrimoine grevé de droits muni d'un droit de suite en cas de transmission universelle. L'héritier n'est donc tenu des dettes que *propter rem*, comme successeur aux meubles et acquêts et jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens.

Pour les délits nous retrouvons la même évolution qu'en droit romain. La victime n'a plus un droit réel sur la personne du débiteur. Par suite de la substitution des biens à la personne, et de la transformation du

mode de répression des délits, la victime acquiert un droit sur les meubles et acquêts du débiteur.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la vengeance privée était le mode de répression originaire. Les parties pouvaient cependant s'entendre à l'amiable : l'auteur du délit rachetait le droit à la vengeance moyennant une composition pécuniaire. Ces compositions étaient purement facultatives à l'origine. « De la manière dont parle TACITE, dit MONTESQUIEU, ces satisfactions se faisaient par une convention réciproque entre les parties : aussi dans les codes des peuples barbares ces satisfactions s'appellent-elles des compositions. » (MONTESQUIEU *Esprit des Lois*. liv. xxx. chap. 19.)

Dès que le pouvoir central eut accru son importance, il reconnut bien vite que ces guerres privées entretenaient le désordre et compromettaient l'avenir. Aussi l'état intervint, mais il ne supprima pas d'un seul coup la vengeance privée. Il interdit tout d'abord la vengeance dans certains lieux, pendant certains jours de fête, et ainsi, insensiblement, la composition légale, fixée par la puissance publique, remplaça le système des compositions volontaires. La créance pénale devient alors un droit réel sur l'ensemble des biens du débiteur, sur ses meubles et acquêts pris dans leur ensemble.

La notion de patrimoine multiple ne devait cependant pas persister indéfiniment. Notre ancien droit admit l'unité de patrimoine, dégagant ainsi l'un des éléments essentiels de notre théorie actuelle. Cette nouvelle conception est le résultat de plusieurs influences.

D'une part, les principes féodaux ont perdu de leur importance primitive. Le dédoublement de la propriété en domaine utile et éminent tend à disparaître. On constate en pratique une lente expropriation des droits

du seigneur au profit du vassal. Le domaine utile devient la véritable propriété, et le domaine éminent se réduit à une servitude, à un simple titre honorifique pour le seigneur. Le vassal est considéré comme plein propriétaire de sa tenure qu'il peut engager vis-à-vis de ses créanciers.

Il faut tenir compte, en outre, de l'influence du droit romain et du développement du commerce. Au ^x^e siècle, lors de la Renaissance du droit romain, les esprits s'accoutumèrent à l'idée de dettes grevant l'ensemble des biens du débiteur, y compris les biens familiaux. La condition des propres de famille s'est transformée, et peu à peu on voit disparaître les moyens destinés à assurer la conservation des biens dans la famille.

Nous avons vu qu'à l'origine le père ne pouvait vendre les biens familiaux sans le consentement des parents copropriétaires, car à cette époque dominait la copropriété familiale. Plus tard apparut « *l'offre aux héritiers* », institution imposant au père qui, poussé par la nécessité, voulait vendre les biens familiaux, l'obligation de les offrir tout d'abord aux plus proches parents. A mesure que la copropriété familiale s'atténue et que la propriété individuelle prend une certaine importance, la protection du patrimoine familial perd nécessairement du terrain.

L'offre aux héritiers se généralise dans toutes les provinces, et supprime définitivement la nécessité du consentement des parents copropriétaires. Le père devait offrir à son plus proche parent le bien de famille qu'il se proposait de vendre. Le plus proche parent, ou « *proïsme* », avait quinze jours pour réfléchir. Passé ce délai, le tiers acquéreur ne pouvait être inquiété par aucun membre de la famille. — Si au contraire l'offre n'avait pas été faite régulièrement, les parents pouvaient réclamer le bien vendu tant que l'acquéreur n'avait pas prescrit, sauf le remboursement du prix d'acquisition.

Cette « *offre au proïsme* » a pour fondement la copropriété familiale car elle n'accompagne que la vente des biens familiaux. Dans certaines coutumes la vente est permise au père de famille sans offre préalable, mais l'héritier présomptif peut reprendre le bien vendu des mains de l'acquéreur en lui remboursant le prix et tous les frais : c'est le « *retrait lignager* ». Ce retrait, comme du reste le consentement des parents et « *l'offre au proïsme* », est une mesure protectrice des droits de la famille. Il ne fonctionne qu'autant qu'un immeuble propre a été vendu, parce que les propres seuls constituent des biens de famille.

Toutes ces entraves apportées à la vente des biens familiaux, et résultant du principe de la copropriété familiale, devaient se trouver très amoindries en raison des progrès de la propriété individuelle. La nécessité du consentement des héritiers présomptifs et l'« *offre au proïsme* » disparurent de la plupart des provinces.

Si le « *retrait lignager* » existe encore, même après le xvi^e siècle, il ne dérive plus de la copropriété familiale : il n'a plus pour but de protéger les droits des héritiers présomptifs sur des biens dont ils sont copropriétaires ; son objectif immédiat est d'empêcher que la prodigalité d'un parent ne fasse passer dans des mains roturières les grandes propriétés foncières, affaiblissant ainsi la puissance de la noblesse.

Par suite de toutes ces modifications, le principe ancien est devenu lettre morte. Désormais les dettes grèvent les immeubles aussi bien que les meubles et les acquêts, et le principe en vigueur est « *qui s'oblige, oblige le sien* », c'est-à-dire tous ses biens, son patrimoine en bloc, y compris les immeubles même familiaux.

Nous retrouvons cependant dans notre Code une survivance de la théorie ancienne. L'art. 1.409, réglant la

situation du passif antérieur au mariage dans le régime de communauté légale, ne fait tomber en communauté que les dettes mobilières. Les rédacteurs du Code voulaient par là établir l'équilibre entre le passif et l'actif. Or ce système aboutit à des résultats choquants : dans notre droit presque toutes les dettes sont mobilières, et la communauté se trouve ainsi grevée de toutes les dettes présentes des époux, alors qu'elle ne recueille qu'une partie de l'actif.

A partir du ^{xiv}e siècle, la notion d'un patrimoine unique est donc dégagée et devient le principe dominant de notre droit. Les dettes sont alors, comme en droit romain, des droits réels grevant le patrimoine en bloc, et entraînant droit de suite en cas de transmission universelle. Celui qui recueille le patrimoine est tenu des dettes « *propter rem* », « *intra vires hereditatis* », jusqu'à concurrence de la valeur de ce patrimoine. Il est à peu près certain qu'il en a été de même dans le droit romain primitif.

On constate bientôt que le successeur au patrimoine est tenu des dettes « *ultra vires hereditatis* ». C'est donc qu'il est obligé comme continuateur de la personne du défunt, et non « *propter rem* » ?

Cette solution est à rejeter, car l'obligation « *ultra vires* » de l'héritier est due à l'influence de clauses usuelles dans les contrats. Depuis une époque très ancienne, il était d'usage courant de faire engager les héritiers avec le débiteur lui-même : c'était encore une conséquence de l'antique solidarité familiale. Avec le temps ces clauses sont devenues de style au point d'être sous-entendues dans toutes les conventions. Les héritiers se trouvaient ainsi tenus personnellement, « *ultra vires* », alors même qu'ils étaient restés étrangers à l'engagement de leur auteur (Loi RIPUAIRE, chap. 67, n° 1). C'est de

cet usage qu'est né le proverbe allemand : « Celui qui hérite d'un denier doit payer un écu ».

Cette pratique devait amener une distinction entre deux catégories de successeurs. Les clauses précitées n'étant consenties que par les parents héritiers présomptifs du débiteur, seuls ces héritiers étaient tenus des dettes héréditaires « *ultra vires* ». Les successeurs aux biens (successeurs irréguliers, légataires universels...) n'étaient tenus qu' « *intra vires* », dans la mesure de ce qu'ils recueillaient.

Nous pouvons donc conclure en disant qu'en droit germanique, comme en droit romain, la dette s'est présentée comme un droit réel grevant le patrimoine pris en bloc, à la différence du droit réel proprement dit qui porte sur un bien déterminé, sur un corps certain. C'est cette différence d'objet qui a amené une distinction très nette entre ces deux droits, et engendré une opposition qu'on a eu le tort de considérer comme absolue. Les commentateurs du moyen-âge voient dans le droit de suite et le droit de préférence le trait caractéristique des droits réels, et relèvent une nouvelle différence entre le droit réel et le droit personnel en matière de procédure. L'action réelle, en effet, s'oppose nettement à l'action personnelle. Dans l'action réelle, le demandeur réclame une chose comme lui appartenant, et soutient que le défendeur la possède à tort. Dans l'action personnelle, le demandeur réclame du défendeur une prestation que celui-ci s'est engagé à accomplir. Pour faire tomber la prétention du demandeur, le défendeur doit dans le premier cas établir la preuve de son droit ; en cas d'action personnelle, il lui suffira de nier sa dette, de jurer qu'il ne doit rien, et ce sera au demandeur à prouver le contraire. Cette différence de procédure, qu'on retrouve dans les lois Lombardes, devait disparaître par la suite.

Mais, comme le fait remarquer M. LÉVY, il ne faut pas exagérer l'opposition entre l'action réelle et l'action personnelle. « Rappelons, dit-il, encore une fois, le caractère personnel de notre action (action en revendication) dans le très ancien droit. Si nous remontons à l'époque carolingienne, à la période franque, au droit germanique, nous ne trouvons qu'une seule action réelle immobilière. Encore à peine peut-on dire qu'il s'agisse d'une action réelle : il faut toujours, en effet, articuler contre le défendeur un fait personnel. A l'époque carolingienne encore les actions immobilières sont dirigées contre celui *qui malo ordine invasit, qui injuste tenet, qui contra legem tenet*. L'action avait bien ici, à n'en pas douter, un caractère personnel, le droit un caractère relatif... » Plus loin, M. LÉVY nous dit encore : « Dans notre ancienne France, le droit de créance avait, grâce à l'*obligatio bonorum*, à l'hypothèque résultant des actes notariés et jugements, une puissance réelle » (op. cité, page 85 et 124).

A partir du ^{xiv}e siècle, l'influence du droit romain est prépondérante. Les droits réels et personnels sont modelés sur ceux du droit romain dont les principes triomphent et vont modifier le droit germanique.



SECTION TROISIÈME

Conception de l'Obligation en droit contemporain

Y a-t-il de nos jours opposition absolue entre le droit réel et le droit personnel ? Retrouvons-nous dans la conception actuelle de l'obligation les caractères de l'obligation ancienne, c'est-à-dire un droit réel grevant l'ensemble du patrimoine, et entraînant droit de suite chaque fois que le patrimoine est transmis comme tel ? C'est ce que nous permettra d'établir une étude de la transmissibilité passive des obligations en droit contemporain.

Le principe de la dette droit réel portant sur le patrimoine en bloc avait pour conséquence l'obligation aux dettes « *intra vires hereditatis* », car les héritiers n'étaient tenus que « *propter rem* ». C'est encore la conception actuelle. Seuls les successeurs universels doivent payer les dettes de la succession. Mais comme en droit coutumier on distingue deux catégories de successeurs.

1° Les successeurs aux biens. Ils ne sont tenus des dettes héréditaires que « *propter rem* », et par conséquent « *intra vires* ». Tels sont les successeurs irréguliers : l'état, pour les successions en deshérence ; le conjoint survivant ; les frères et sœurs légitimes de l'enfant

naturel, pour les biens que l'enfant naturel a reçu de l'auteur commun. Toutes ces personnes sont tenues « *intra vires* », jusqu'à concurrence de ce qu'elles recueillent. C'est à tort qu'on les a assimilées aux héritiers légitimes, car pour elles la dette est un droit réel muni d'un véritable droit de suite.

2^o les héritiers légitimes (et même les enfants naturels depuis la loi du 25 Mars 1896). Ils sont considérés comme les continuateurs de la personne. Mais leur obligation « *ultra vires* » aux dettes héréditaires découle de ce qu'ils sont tenus personnellement par suite de clauses devenues de style et sous-entendues dans les contrats, en vertu desquelles ils s'engageaient avec le débiteur principal. Ces héritiers s'étant engagés avec le débiteur principal pouvaient être poursuivis sur tous leurs biens.

Pour les légataires universels ou à titre universels, notre ancien droit était logique. Ils succédaient à tout ou partie du patrimoine et étaient tenus des dettes héréditaires *propter rem, intra vires*. De nos jours la jurisprudence admet l'obligation *ultra vires* de ces successeurs universels. Le Code civil n'avait pas prévu la question. L'art. 1.009 dispose que « le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, *personnellement* pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout ». Et l'art. 1.012 pose le même principe pour le légataire à titre universel : » Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, *personnellement* pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout ». La jurisprudence déduit alors de l'expression « *personnellement* » l'obligation *ultra vires* des légataires universels, car celui qui est tenu personnellement

l'est sur tous ses biens, conformément à l'art. 2.092 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers, présents et à venir ». Ainsi notre jurisprudence ne fait aucune distinction, elle admet l'obligation « *ultra vires* » de tous les successeurs universels, les héritiers légitimes comme les légataires. (D. 51. 1. 281).

Cette solution est évidemment contraire à la tradition. Les légataires n'étant que des successeurs aux biens, ne devraient être tenus que *propter rem, intra vires*.

La jurisprudence se met également en contradiction avec les textes eux-mêmes. Les art. 1.009 et 1.012 du Code civil sur lesquels se base la jurisprudence sont étrangers à la question. Ils s'occupent de la situation de l'obligation personnelle opposée à l'obligation hypothécaire. Étant donné des créanciers de la succession, dans quelle mesure peuvent-ils s'adresser à chacun des successeurs, héritiers ou légataires ? Les art. 1.009 et 1.012 répondent par une distinction. Le créancier peut agir par l'action personnelle ou par l'action hypothécaire. Dans le premier cas, il demande à chacun sa part et portion. Avec l'action hypothécaire il peut réclamer au détenteur de l'immeuble hypothéqué la totalité de sa créance. C'est donc à tort que la jurisprudence assimile les légataires universels ou à titre universels aux héritiers.

Dans l'ancien droit les donataires de biens à venir en vertu d'institution contractuelle étaient considérés comme les héritiers légitimes et étaient tenus « *ultra vires* » par suite de clauses expresses contenues dans la donation. La même solution semble encore prévaloir de nos jours.

Quant au légataire particulier, il n'est pas tenu des dettes héréditaires, puisqu'il ne recueille pas un patrimoine ou une quote part de patrimoine.

Nous pouvons ainsi constater que la transmission passive des obligations en droit moderne est toujours basée sur le principe ancien de la dette droit réel grevant l'ensemble du patrimoine. Les successeurs tenus des dettes ne le sont que « *propter rem* », parce qu'ils recueillent un patrimoine et que la dette est munie du droit de suite lorsque le patrimoine est transmis en bloc. Et même les successeurs tenus *ultra vires* conservent leur caractère ancien d'être obligés « *propter rem* », car ils ne sont tenus « *ultra vires* » que par une manifestation de volonté, c'est-à-dire s'ils acceptent la succession purement et simplement, au lieu d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Le bénéfice d'inventaire remonte en droit romain où la question de contribution aux dettes est complexe en raison de l'existence de plusieurs catégories d'héritiers.

Les héritiers siens et les héritiers nécessaires acquièrent l'hérédité de plein droit, même à leur insu, car, du vivant du de cujus, ils étaient déjà considérés comme copropriétaires des biens auxquelles ils succèdent. Il est alors très naturel qu'ils soient tenus des dettes *ultra vires*. Les héritiers externes n'acquièrent la succession que par une déclaration de volonté, déclaration d'où découle une obligation personnelle sur tous leurs biens et « *ultra vires hereditatis* ».

Ces deux principes, la copropriété familiale pour les héritiers siens et nécessaires, d'une part, la déclaration de volonté pour les héritiers externes, d'autre part, ont masqué le caractère véritable de la dette et entraîné l'obligation « *ultra vires* » des héritiers alors qu'ils ne devaient l'être rigoureusement qu'*intra vires*.

Plus tard, lors de la disparition de la copropriété familiale, les héritiers siens et les héritiers nécessaires continuèrent à être tenus « *ultra vires* » mais seulement

par une manifestation de volonté. S'ils ne veulent être tenus que *propter rem*, « *intra vires* », il leur suffira de demander le bénéfice de la « *separatio bonorum* » ou le « *jus abstinendi* ».

Pour les héritiers nécessaires, c'est-à-dire les esclaves appelés à la succession par le testament du *de cujus*, existe le bénéfice de la « *separatio bonorum* », accordé aussi aux créanciers héréditaires pour les protéger contre la confusion du patrimoine du *de cujus* avec celui de l'héritier. Ce bénéfice est demandé au magistrat. L'héritier sera poursuivi en son nom par les créanciers héréditaires, mais il ne sera pas tenu sur sa personne ni sur ses biens.

Pour les héritiers siens et nécessaires, c'est-à-dire ceux qui, du vivant du *de cujus*, étaient sous sa *patria potesta* ou sa *manus*, et viennent à la succession par testament ou ab intestat, le préteur leur accorde le « *jus abstinendi* ». Ce bénéfice n'a pas besoin d'être demandé, il existe de plein droit au profit de l'impubère et au profit du pubère que ne s'est pas immiscé. Les créanciers héréditaires peuvent alors agir contre l'héritier sien pour lui demander s'il accepte la succession. L'héritier peut user du « *spatium deliberandi* », délai de cent jours, après quoi les créanciers exécuteront la succession, l'héritier étant assimilé à un renonçant.

Quant à l'héritier externe, il était tenu *ultra vires* en vertu de sa déclaration de volonté. Le préteur laissait sans secours l'héritier volontaire qui avait accepté et l'héritier sien pubère qui s'était immiscé. C'était fâcheux car la volonté du successible n'était pas toujours consciente, et il était souvent très difficile de prévoir les conséquences de l'acceptation d'une succession. Aussi on songea à protéger les héritiers en rendant à l'obligation son caractère de droit réel portant sur un patrimoine.

On procéda d'abord par des expédients : L'héritier se faisait donner mandat par les créanciers héréditaires d'accepter la succession. Il n'était alors tenu qu'*intra vires* car les créanciers devaient restituer à l'héritier tout ce qu'il aurait payé à d'autres au delà de l'actif recueilli, et les créanciers ne pouvaient eux-mêmes réclamer à l'héritier plus qu'il n'avait reçu.

Sous JUSTINIEN apparut une institution nouvelle : tout héritier sera tenu seulement *intra vires*, si dans les deux mois où il a connu sa vocation successorale, il a fait dresser un inventaire authentique (afin de rendre impossible tout détournement), et s'il n'a pas demandé le « *spatium deliberandi* ».

Le bénéfice d'inventaire fut admis dans nos coutumes lorsqu'on considéra les héritiers comme continuateurs de la personne du défunt, et tenus à ce titre « *ultra vires hereditatis* ». Ce bénéfice, d'origine romaine, ne pouvait recevoir son application dans nos pays de coutume qu'après l'obtention de lettres royaux. C'était donc un bénéfice accordé par le roi, d'où son nom de bénéfice d'inventaire. Il a passé dans notre Code civil, art. 1.694 : il résulte d'une déclaration au greffe du tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession, et de la rédaction d'un inventaire par acte authentique.

L'effet essentiel et immédiat du bénéfice d'inventaire est d'opérer la séparation des deux patrimoines du *de cuius* et de l'héritier : c'est une dérogation au principe actuel de l'unité de patrimoine. Ainsi le patrimoine du *de cuius* ne se confond pas avec celui de l'héritier. Les conséquences de cette séparation des patrimoines sont nombreuses.

1° L'héritier bénéficiaire ne doit pas payer indéfiniment les dettes de la succession. Il n'est pas même

tenu du passif héréditaire, c'est la succession (ainsi apparaît très nettement le caractère de l'obligation, droit réel sur l'ensemble du patrimoine). Le passif héréditaire sera réglé avec l'actif de la succession, et les créanciers ne peuvent rien réclamer à l'héritier. La succession bénéficiaire constitue un patrimoine isolé de toute personne physique, se suffisant à lui-même.

Il faut mentionner l'inexactitude de l'art. 802, 1^o du Code civil, déclarant l'héritier bénéficiaire tenu des dettes jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille. Or l'héritier n'a pas l'obligation personnelle d'acquitter les dettes héréditaires, et il ne peut être poursuivi sur ses biens personnels dans la mesure de l'actif héréditaire. C'est la différence avec le bénéfice d'émolument où la femme commune en biens n'est tenue que jusqu'à concurrence de sa part de communauté, mais peut, dans cette mesure, être poursuivie même sur ses biens personnels.

2^o Les droits personnels ou réels qui appartenaient jadis au successible contre le défunt, ou du défunt contre le successible ne s'éteignent pas par confusion.

3^o L'héritier peut acquérir de nouveaux droits contre la succession, droits personnels ou réels : s'il paye de ses deniers les créanciers héréditaires, il est subrogé aux droits des créanciers qu'il a désintéressés.

4^o L'héritier exerçant des droits contre les tiers, ne peut se voir opposer aucune exception en raison de sa qualité d'héritier, de continuateur de la personne du défunt. Par exemple il n'a pas à redouter l'exception de garantie : si le défunt a vendu à un tiers un immeuble appartenant à l'héritier actuel, et si l'héritier agit en revendication, le tiers ne pourra faire valoir l'exception de garantie, car cette obligation incombe à la succession non au successible.

5° Enfin, l'héritier est un tiers vis-à-vis de la succession. L'art. 1.328 du Code civil décidant que les actes sous seing-privé ne font foi de leur date à l'égard des tiers que du jour de l'enregistrement, de la mort d'un auteur de l'acte, ou de la mention dans un acte authentique, sera applicable à l'héritier bénéficiaire. Les actes sous seing-privé du défunt, tant que la succession n'est pas liquidée, n'auront date certaine à son égard que s'ils sont enregistrés, ou du jour du décès du signataire.

Toutes ces conséquences cadrent bien avec la conception que nous nous sommes faites de l'obligation. Grâce au bénéfice d'inventaire, les dettes sont considérées comme des droits réels grevant l'ensemble du patrimoine, et l'héritier est tenu des dettes héréditaires « *propter rem* », parce qu'il recueille un patrimoine grevé d'obligations munies d'un droit de suite.

Nous pouvons donc nous résumer en disant qu'en cas de transmission universelle du patrimoine, ceux qui recueillent tout ou partie des biens sont tenus, les uns « *propter rem* » (les successeurs aux biens), les autres « *ultra vires* », en leur nom personnel (les héritiers légitimes). Cette obligation *ultra vires* dérive non de la dévolution successorale, mais d'une déclaration de volonté, qui peut être expresse ou tacite. Quand on accepte une succession sans rien préciser, on est présumé accepter purement et simplement, car c'est le cas normal. On peut cependant faire une déclaration inverse, accepter sous bénéfice d'inventaire, la dette conserve alors son caractère véritable.

Ainsi l'obligation personnelle « *ultra vires* », qui incombe aux héritiers légitimes résulte d'une manifestation de volonté et non de la dévolution successorale.

L'obligation est donc un droit réel, absolu, et on ne peut parler de transmission des dettes par décès. Ce n'est

pas la dette qui est transmise, mais bien plutôt un ensemble de biens, une unité juridique qui tombe aux mains d'une personne avec ses charges.

Ce point de vue a été consacré par le Code civil allemand. Les rédacteurs du Code allemand s'étaient trouvés en présence de deux conceptions différentes sur la dévolution successorale. Celle de la continuation de la personne du défunt par l'héritier et de l'obligation « *ultra vires hereditatis* » ; celle basée sur la succession aux biens et n'entraînant que l'obligation « *intra vires* ».

Ces deux théories s'étaient affirmées dans les pays allemands et reçurent chacune leur application. Le premier projet du Code civil adoptait la théorie de la continuation de la personne du défunt et de l'obligation personnelle de l'héritier. Mais le projet définitif consacra le deuxième point de vue : l'hérédité est un ensemble de biens, distinct de la personne de l'héritier, et n'ayant besoin de personne pour se soutenir. C'est une universalité qui se suffit à elle-même. Les créanciers héréditaires se payeront sur les biens du défunt et n'auront pas à subir le concours des créanciers de l'héritier. On liquidera cet ensemble de biens : si, après le règlement des dettes, il y a un reliquat, l'héritier en bénéficiera ; si, au contraire, l'actif est insuffisant à désintéresser tous les créanciers, l'héritier n'aura à redouter aucune poursuite. La succession est ainsi liquidée sans que l'héritier soit tenu personnellement, à moins de faute de sa part (s'il ne fait pas inventaire en temps utile ou s'il fait sciemment un inventaire inexact).

Cette conception gagne du terrain actuellement, car elle est conforme à la conception de l'obligation, et n'entraîne pas les conséquences fâcheuses de l'obligation aux dettes « *ultra vires hereditatis* ».

L'opposition entre le droit réel et le droit personnel ne se justifie donc nullement dans notre droit. La doctrine a exagéré à tort cette distinction. Toutes les différences relevées entre ces deux catégories de droits s'atténuent beaucoup à la réflexion.

Si d'ordinaire le droit personnel n'entraîne ni le droit de suite ni le droit de préférence, il n'y a cependant aucune impossibilité à voir ces avantages résulter d'un simple droit de créance. La pratique nous en offre des exemples fréquents : ce sont toutes les obligations garanties par un privilège ou une hypothèque. A l'inverse, si le droit de suite et le droit de préférence sont les conséquences naturelles de la réalité d'un droit, on peut parfaitement concevoir un droit réel privé de ces attributs.

M. LÉVY établit nettement ce rapprochement entre le droit réel et le droit personnel (op. cité, page 124) : « Aujourd'hui, dit-il, la différence n'est pas si tranchée qu'il semble. D'une part, quant aux obligations, elles prennent un caractère de réalité soit par l'hypothèque judiciaire, soit par les privilèges ou hypothèques que la loi y attache. Munir ainsi une obligation, qu'est-ce autre chose que lui donner le droit de suite et le droit de préférence ?... »

D'autre part, si le droit de suite et le droit de préférence accompagnent souvent la créance, la propriété est souvent privée de ces deux attributs ».

Remarquons du reste qu'en dehors de tout privilège ou hypothèque, certains titulaires de droits personnels peuvent être mieux traités que d'autres. Il est possible, qu'en effet, un créancier chirographaire, sans aucune garantie spéciale, soit préféré aux autres. Il en est ainsi en cas de clauses d'inaliénabilité, de biens dotaux, et de biens légalement insaisissables.

En vertu de clauses d'inaliénabilité par exemple, certains créanciers pourront agir sur des biens qui ne font pas partie du gage des autres créanciers. Si une personne a donné ou légué un bien en le déclarant insaisissable, cette clause sera opposable aux créanciers du bénéficiaire antérieurs à la donation ou au legs, et non aux créanciers postérieurs. Ceux-ci pourront saisir et se payer sur le bien, alors que les créanciers antérieurs ne pourront émettre aucune prétention. (art. 582 du Code de procédure civile).

De même, lorsqu'une femme se marie sous le régime dotal, tous les biens constitués en dot sont inaliénables et insaisissables. Mais l'insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers postérieurs au mariage. L'adoption du régime dotal n'enlève pas aux créanciers antérieurs le droit d'agir sur tous les biens de la femme, car l'obligation a été contractée par cette dernière à un moment où elle était pleinement capable d'engager ses biens. Ces créanciers sont ainsi privilégiés vis à vis des créanciers postérieurs, puisque seuls ils ont action sur tous les biens présents de la femme, et même sur ses biens à venir, l'insaisissabilité ayant pour but de protéger la femme contre ses obligations postérieures au mariage et non contre celles antérieures.

Enfin certains biens sont légalement insaisissables, mais la loi fait exception pour quelques créanciers. Les créances alimentaires, par exemple, sont insaisissables, sauf toutefois à l'égard de certains créanciers, créanciers eux-mêmes pour aliments. (art. 582 du Code de procédure civile).

Dans ces trois cas, on ne peut véritablement parler d'un droit de préférence entre créanciers, d'une hiérarchie entre eux. C'est plutôt un droit de gage exclusif reconnu sur certains biens à une catégorie de créanciers. Le droit de préférence, permet, en effet, à un créancier

de passer le premier, de se faire payer avant les autres : ceux-ci devant profiter du surplus. Or rien de tel dans les hypothèses ci-dessus : Le reliquat n'ira jamais aux créanciers exclus.

Il est cependant des cas où certains créanciers chirographaires jouissent d'une sorte de droit de préférence, en dehors de toute sûreté spéciale.

Lorsqu'un individu *Primus* est à la fois créancier et débiteur d'un autre *Secundus*, il pourra utiliser sa dette pour le paiement de sa créance, opposer à son adversaire une exception. En conséquence, *Primus* sera sûr d'être payé, car il pratiquera une saisie sur sa propre dette. Cette saisie peut être, soit définitive, soit temporaire. Définitive, lorsque *Primus* retient ce qu'il doit à *Secundus*, et ne le paiera jamais, quoiqu'il arrive : c'est ce qui se passe au cas de compensation. Temporaire, lorsque *Primus*, sans prétendre que sa dette est éteinte, se refuse cependant à l'exécuter, tant que *Secundus* ne remplira pas ses engagements : c'est un refus légitime d'exécution, c'est le droit de rétention. La compensation n'est donc qu'un droit de rétention définitif, et le droit de rétention une compensation temporaire, n'affectant que l'exercice du droit, non son existence.

Ainsi lorsqu'un créancier « détient une chose appartenant à son débiteur, il peut refuser de la rendre tant qu'il n'est pas payé, bien que cette chose ne lui ait pas été donnée en nantissement. » (PLANIOL, tome II, page 774). Ce droit de rétention est un moyen pour le créancier de peser sur la volonté de son débiteur. Sans doute ce droit n'entraîne pas le droit de suite ni le droit de préférence, ces attributs ne pouvant résulter que d'un droit réel de garantie. Mais, en fait, le droit de rétention est très énergique, si le créancier attend, il est sûr d'être payé, alors même que le débiteur serait insolvable. Car

si les créanciers du débiteur font saisir et vendre la chose retenue, l'acquéreur ne pourra obtenir la chose qu'en désintéressant le créancier détenteur. Le résultat final est que le rétenteur sera payé avant les autres, comme s'il avait un privilège. Le droit de rétention placera ainsi son titulaire dans une situation aussi avantageuse que s'il possédait un droit de préférence dérivant d'un droit réel de gage ou d'hypothèque.

La compensation est l'extinction jusqu'à concurrence de la plus faible de deux dettes coexistant en sens inverse entre les mêmes personnes. Elle a le même résultat pratique que le droit de rétention, c'est-à-dire qu'elle établit une cause de préférence entre les créanciers.

Le *rapport des dettes* nous offre un nouvel exemple de droit de préférence attaché à un simple droit de créance. Comme nous le savons, ce rapport a pour but d'assurer l'égalité entre cohéritiers.

Il suppose plusieurs héritiers dont l'un est débiteur du défunt et le devient de ses cohéritiers. Si par exemple, le défunt avait trois enfants, et avait prêté 3.000 francs à l'un d'eux *Primus*. Ce dernier doit 1000 francs à *Secundus* et 1000 francs à *Tertius*, le reste de la dette s'éteignant par confusion dans la personne de *Primus*. Or *Secundus* et *Tertius* se trouvent dans une situation dangereuse, ils ont à craindre l'insolvabilité de leur frère. Si *Primus* est en faillite, ils sont créanciers ordinaires et seront payés au marc le franc. Grâce au *rapport des dettes*, ce danger est écarté : *Primus* doit rapporter à ses cohéritiers les sommes dont il est redevable au défunt. C'est un rapport qui s'effectuera toujours en moins prenant, et par *prélèvement*. *Secundus* et *Tertius* se rempliront de leur droit en prenant chacun 1000 fr. sur les biens héréditaires, lors du partage. Le surplus se

partagera entre les cohéritiers, et les créanciers de *Primus* n'auront droit que sur la part qui reviendra à leur débiteur. Les cohéritiers de *Primus* jouissent donc d'un véritable droit de préférence vis à vis des autres créanciers.

Nous voyons ainsi, dans tous ces cas, de simples titulaires de droits personnels se prévaloir des attributs des droits réels. C'est une atténuation importante qu'il convient d'apporter à la distinction rigoureuse des droits réels et personnels. « ... il nous paraît impossible d'expliquer d'autre façon, dit M. LÉVY, les hypothèses dans lesquelles, soit le législateur, soit une jurisprudence fidèle à la tradition reconnaissent, en dehors de tous privilèges ou hypothèques, une sorte de droit de préférence à certains créanciers (compensation, rétention, rapport des dettes, etc.)...

Le droit de préférence, nous le voyons d'ailleurs accompagner des obligations par suite de simples circonstances de fait : le fait par le créancier de détenir la chose à l'occasion de laquelle il est créancier, lui donne, dans certains cas, peut être même toujours, un droit de rétention. La circonstance que le créancier est obligé envers son débiteur, lui donne, sous certaines conditions, le droit de se payer de sa créance par sa dette et d'échapper ainsi à la loi du concours. Notons dans le même ordre d'idées la théorie du rapport des dettes et celle du droit de reprises en matière de partage... » (E. LÉVY, op. cité, page 128).

Disons encore que la distinction que l'on fait généralement entre le droit réel et le droit personnel, le premier étant considéré comme un droit absolu, le deuxième comme un droit relatif, est purement arbitraire. L'opinion d'AUBRY et RAU, à ce sujet, nous paraît très contestable. Si celui auquel appartient un droit réel peut

en poursuivre l'exercice sur la chose même soumise à ce droit, et contre tout possesseur ou détenteur de cette chose, il serait téméraire de prétendre que la personne investie d'un droit personnel, ne puisse l'exercer que contre la personne obligée à la prestation, c'est-à-dire contre le débiteur.

Comme le constate M. LÉVY (op. cité, page 126) : « Nous ne voyons pas la différence. Comme l'action qui naît du droit de propriété, celle qui naît du droit de créance peut être exercée contre quiconque le viole. Il est vrai qu'en fait une seule personne, en général, est obligée par le droit de créance et que toutes, en général, le sont par le droit de propriété. Autrement dit, il est vrai que le droit résultant d'une créance n'est, en général, susceptible d'être violé que par une personne, tandis que le droit de propriété peut l'être par tous. Mais remarquons que tous les droits résultants de la personnalité et indépendants de relations contractuelles, que tous les droits enfin auxquels correspondent des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles sont susceptibles d'être violés par tous. On peut donc dire que ces droits sont, comme celui de propriété, munis d'un véritable droit de suite. On ne le dit pas simplement, parce que le juriste consulte ne les envisage que quand ils sont violés, qu'au moment où ils donnent naissance à une obligation, tandis qu'il étudie le droit de propriété en lui-même, indépendamment de sa violation. Encore faut-il ajouter, encore une fois, que le législateur considère comme délictuelles des obligations auxquelles correspond comme droit la propriété... »

En un mot, actions réelles ou actions personnelles, toutes ont pour but, pour raison d'être le respect de la personnalité qu'elles protègent contre d'autres personnalités : en ce sens, on pourrait dire qu'elles sont toutes personnelles ».

Donc la seule explication que l'on puisse donner au droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, c'est qu'en réalité il n'y a aucun contraste de nature entre le droit réel et le droit personnel. Ce rapprochement entre les deux droits avait déjà été mis en relief par ORTOLAN dans sa généralisation du droit romain (pages 638 et suivantes.)

Ce jurisconsulte considère les droits personnels comme une espèce particulière de droits réels, puisque les droits personnels, comme les droits réels, imposent l'obligation générale à l'ensemble des personnes de n'apporter aucun obstacle à l'exercice de ces droits. Tous les droits sont donc réels, absolus. Et ORTOLAN proteste énergiquement contre la conception que l'on se fait ordinairement des droits réels et des droits personnels : le droit réel étant regardé comme un droit absolu, le droit personnel comme un droit relatif. « Du reste, les droits personnels existent, dans la société, à l'égard de tous, aussi bien que les droits réels. C'est donc une erreur de se figurer le contraire. Quand je suis créancier, cela est vrai non seulement pour mon débiteur, mais pour tous. Mon droit de créance existe et fait partie de ma fortune, en cette qualité, à l'égard de chacun; il sera protégé, au besoin, contre chacun, s'il est possible qu'un tiers vienne y porter atteinte...

Qu'un tiers détruise mes titres de créance; qu'il empêche frauduleusement ou violemment mon débiteur de remplir son obligation; qu'à l'aide de la possession des titres et d'une supposition de personnes, il se substitue et se fasse payer à ma place; en un mot, qu'il porte une atteinte à mon droit, et me cause par sa faute un préjudice en ce qui concerne ce droit, quelque soit ce tiers, j'aurai action contre lui. Il n'en est pas autrement à cet égard qu'à l'égard des droits réels;

seulement, pour ces derniers, les atteintes que les tiers peuvent y porter sont bien plus faciles à se produire et plus nombreuses...

Droit absolu, droit relatif : dénominations proposées philosophiquement, sans aucune prétention de relation avec la langue des jurisconsultes de Rome, beaucoup plus rationnelle certainement que les précédentes, mais que nous repoussons pareillement, parce qu'elles semblent impliquer l'idée que le droit absolu existerait à l'égard de tous, tandis que le droit personnel, ou relatif n'existerait qu'à l'égard des personnes passives de ce droit. Tout droit, du moment qu'il existe, existe à l'égard de tous, et doit être protégé, au besoin, contre chacun. Il n'y a pas de droit plus absolu l'un que l'autre ; la société est toujours garante de tout droit, et la masse de toutes les personnes est toujours obligée de s'abstenir de porter trouble ou obstacle à la jouissance et à l'exercice de tout droit. L'erreur vient principalement de ce qu'on s' imagine que, lorsque j'intente une action réelle contre quiconque porte atteinte à mon droit réel : par exemple, une action en revendication de ma propriété, j'exerce ce droit. Je l'exerce quand je me sers de la chose, quand j'en prends les fruits, quand j'en dispose d'une manière ou d'autre. Il n'y a jamais dans l'exercice d'un droit réel, d'intermédiaire individuellement passif entre moi et la chose ; c'est là le caractère distinctif de ce droit. Mais quand j'intente une action réelle contre tout possesseur, je n'exerce pas mon droit, je le défends, je veux le faire reconnaître, ni plus ni moins que si un tiers, quel qu'il fût, s'emparait de mon titre de créance, se substituait à ma personne, voulait se faire payer à ma place, j'aurais le droit de défendre et de faire reconnaître mon droit. »

R É S U M E

Cette étude sur la conception de l'obligation nous a permis d'établir qu'il n'y a pas d'opposition absolue entre le droit réel et le droit personnel.

Le droit de créance est originairement un droit réel, absolu sur la personne physique du débiteur, et muni d'un véritable droit de suite. Plus tard, le droit de propriété s'étant individualisé, nous constatons une substitution du patrimoine à la personne physique du débiteur.

Le droit personnel est alors un droit réel grevant le patrimoine dans son ensemble, et entraînant droit de suite chaque fois qu'il y a transmission du patrimoine en bloc.

C'est encore la conception actuelle de l'obligation. Les successeurs universels sont tenus des dettes, non comme continuateurs de la personne du défunt, mais « *propter rem, intra vires hereditatis*. » L'obligation aux dettes « *ultra vires* » des héritiers légitimes résulte d'une manifestation tacite de volonté (le fait de s'abstenir d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire) et non de la succession.

C'est à tort qu'on a exagéré l'opposition entre le droit réel et le droit personnel. Toutes les différences relevées entre ces deux droits résultent uniquement de leur différence d'objet. Le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce n'est pas alors une anomalie de notre droit, mais bien plutôt l'application d'une théorie générale. Si on reconnaît ordinaire-

ment un droit de suite aux titulaires de droits réels, et si on le refuse aux simples créanciers chirographaires, c'est que le droit de suite des créanciers chirographaires a rarement l'occasion de se manifester. Il n'apparaît que lorsque le patrimoine est transmis en bloc, en tant que patrimoine, et, même dans ce cas, le droit de suite des créanciers chirographaires est masqué par l'habitude de considérer l'héritier tenu des dettes héréditaires comme continuateur de la personne du défunt, et obligé « *ultra vires* », alors qu'il ne l'est que « *propter rem* » parce qu'il recueille un patrimoine grevé d'obligations munies d'un droit de suite. On ne peut même parler de transmissibilité des dettes aux héritiers, car l'héritier reçoit une masse de biens avec ses charges.

La disposition de la loi du 17 mars 1909 reconnaissant un droit de suite aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce s'explique alors tout naturellement comme étant l'application des principes généraux et en conformité avec la nature véritable de l'obligation. Les titulaires de droits personnels ayant en réalité un droit réel, absolu, avec droit de suite, sur le patrimoine de leur débiteur, il n'y avait aucune contradiction à reconnaître un droit de suite aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce. C'est ce que nous prouvera l'étude de la conception juridique du fonds de commerce.

Le fonds de commerce constitue-t-il un patrimoine spécial, indépendant du patrimoine privé du négociant? Une grande incertitude a régné longtemps en doctrine et en jurisprudence. De nombreux systèmes ont été proposés dont la différence essentielle a trait au degré d'autonomie reconnu au fonds de commerce. Le fonds présente en effet une certaine indépendance économique et à cette indépendance correspond, sans contredit, une individualité juridique.

Dans une première théorie on fait intervenir l'idée de personnalité morale. Le fonds de commerce aurait une autonomie presque absolue, constituerait une personne morale au même titre que l'Etat ou la commune. Le fonds de commerce domine la personne du commerçant et lui survit; c'est lui que les créanciers ont en vue lorsqu'ils contractent, bien plus que la personnalité du commerçant; les changements dans la personne du commerçant sont sans influence sur lui. Le fonds présente ainsi une physionomie toute particulière: il a sa vie propre, — il a un domicile spécial qui, le plus souvent se confond avec celui du commerçant, mais qui peut aussi en être distinct, — il a un nom particulier qui le suit même en cas de cession. C'est en réalité du fonds de commerce que dépendent les employés et les divers mandataires à son service. Le négociant lui-même ne serait qu'un auxiliaire, un premier employé du fonds qu'il exploite. Ainsi entendu le fonds de commerce aurait un patrimoine propre dont il est le propriétaire exclusif: Les créances et les dettes lui restent personnelles et le suivent entre les mains des tiers acquéreurs. Donc pas de transmission de créances ni de dettes: c'est le fonds lui-même qui est grevé des charges et la cession n'a pas modifié la situation. Seul le gérant a changé.

Cette théorie a eu peu de succès en France, mais elle a recruté de nombreux adeptes en Allemagne parmi lesquels nous citerons HASENPFLUG, GELPCKE, et surtout ENDEMANN et VON VÖLDERNDORFF. — Cette conception du fonds de commerce est inadmissible. Elle repose sur une observation trop superficielle, car, en fait, le fonds est considéré, non comme un être juridique, mais comme une masse de biens pouvant faire l'objet de contrats de vente, louage, mise en gage..., ce qui

s'accorde mal avec l'idée de personnalité morale. Du reste cette conception entraîne de telles difficultés que certains partisans de cette théorie ont refusé d'en admettre toutes les conséquences.

Dans un 2^e système on soutient que le fonds de commerce constitue, non pas une personnalité, mais un tout, un patrimoine particulier ayant une individualité propre, et pouvant être sujet actif et passif de droits. Cette théorie préconisée en Italie, et surtout en Allemagne par BEKKER, trouve un point d'appui dans le droit Romain, dans la notion du pécule, où l'exploitation commerciale confiée à l'esclave est déjà un patrimoine doué d'une vie propre : la personnalité de l'esclave disparaît, c'est le patrimoine commercial qui est le véritable sujet de droit. BEKKER constate, du reste que ce système est conforme à la réalité des choses, car il existe, en fait, une tendance très marquée à séparer l'entreprise commerciale du patrimoine privé du négociant. Sans doute le fonds de commerce ne constitue pas une personne morale, mais il forme un tout ayant une très grande autonomie. Les dettes et les créances n'affectent que le patrimoine commercial, créant ainsi une séparation très nette entre les deux masses de biens.

Très voisine de cette doctrine est la théorie émise en France par SALEILLES qui voit dans le fonds de commerce une masse de biens distincte et isolée juridiquement du patrimoine privé du négociant ; conséquence de ce que le fonds de commerce est un tout, un ensemble de biens destiné à réaliser un but déterminé et sur lequel les créanciers commerciaux ont des droits exclusifs.

Cette notion du fonds de commerce n'est guère qu'un aspect particulier du 1^{er} système et aboutit aux

mêmes conséquences. Aussi a-t-elle eu un succès très limité, car établir une séparation des patrimoines du négociant, c'est aller à l'encontre du principe que tous les biens d'un débiteur répondent de ses engagements.

Quelques auteurs ont considéré le fonds de commerce comme une universalité de droit, c'est-à-dire un ensemble de biens, avec des dettes et des créances propres, les créanciers commerciaux ayant sur l'actif de l'entreprise des droits privilégiés. C'est l'opinion émise en Allemagne par THIEL, BEHREND, en Italie par CALAMANDREI, et en France par PROUDHON qui voit dans le fonds de commerce « un tout composé de passif et d'actif, comme le droit d'hérédité... » (Traité de droit d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, page 52).

De nos jours on semble concevoir le fonds de commerce comme une universalité de fait, c'est-à-dire un groupement de biens réunis par une destination commune, mais sans constituer pour cela une masse douée d'une vie propre, avec un actif et un passif indépendants. En réalité, malgré la confusion de fait qui s'opère, les éléments du fonds de commerce conservent leur individualité et peuvent faire l'objet de contrats particuliers.

Cette théorie a trouvé de nombreux partisans en Italie et surtout en France. Mais si la plupart de nos auteurs sont d'accord sur le principe, il subsiste encore beaucoup de contradictions. Pour certains, en effet, le fonds n'est pas uniquement composé d'une juxtaposition de biens conservant leur individualité propre. La destination commune de ces biens donne naissance à un tout qui permettra de régler d'une façon uniforme les effets des contrats dont ils sont l'objet. Le nantissement, par exemple, portera sur tous les éléments constituant le fonds de commerce sans qu'il soit besoin d'appliquer à chacun d'eux les règles qui lui conviennent. Le fonds de commerce a donc

une individualité juridique, constitue un tout avec affectation spéciale. Pour d'autres auteurs, au contraire, notamment pour THALLER, WAHL, VIVANTE et COVIELLO c'est un simple groupement d'objets, chacun d'eux conservant sa nature première et restant soumis aux règles qui lui sont propres. — En cas d'aliénation par exemple, il y aura autant de cessions que d'éléments transmis au successeur. Même solution en cas de nantissement.

Cette théorie n'a pas eu de succès, car elle se heurte, de nos jours, aux dispositions des lois du 1^{er} mars 1898 et 17 mars 1909.

Si, pour compléter cette étude, nous jetons un rapide coup d'œil sur le passé, nous remarquons que la notion du fonds de commerce entrevue sans doute dès une époque reculée, n'a jamais été formulée avec précision. C'est dû à la nature complexe et abstraite du fonds de commerce, qui se prête ainsi difficilement à une analyse juridique. D'autre part les conditions de la vie économique et sociale ont eu une influence sur le développement de cette notion. La vie commerciale a succédé rapidement au régime pastoral et agricole. De bonne heure l'institution des marchés et des foires a fait son apparition. Mais la fréquence des contrats commerciaux n'implique pas nécessairement l'existence du fonds de commerce. Le fonds de commerce suppose, en effet, un développement commercial et une division du travail déjà avancés. Il faut que des individus se soient spécialisés et que leur entreprise commerciale réunisse des conditions de fixité et de permanence qu'on ne rencontre que dans des sociétés parvenues à un certain degré de civilisation. — En outre l'exploitation d'un fonds de commerce suppose nécessairement un régime de liberté commerciale qui fait défaut dans les sociétés primitives. Dans l'antiquité

le commerce a été longtemps confiné dans la classe servile et a rarement joui d'une liberté complète : les corporations soumettaient à une réglementation rigoureuse la fabrication et la vente au point de rendre le titulaire du fonds un simple gérant.— Notons encore, pour expliquer le peu d'importance des données historiques sur le fonds de commerce, la défaveur qu'on a longtemps témoignée à l'égard du commerçant et des professions commerciales.

A Rome, on ne trouve pas une théorie nettement arrêtée du fonds de commerce. C'est sans doute pour les raisons d'ordre juridique et pratique que nous avons énoncées plus haut. L'entreprise commerciale suppose un régime de liberté qui n'a pas toujours été reconnue au commerçant romain. Les collèges professionnels sont fort anciens et ont revêtu un caractère très étroit dans les dernières années du Bas Empire. Les professions commerciales jouissaient en outre d'une défaveur très marquée. Alors que le Romain professait pour l'agriculture une vénération presque religieuse, il n'avait que mépris pour le commerce, généralement exercé à l'origine par des étrangers et des esclaves. Le commerce était interdit aux sénateurs, et au Bas Empire HONORIUS et THEODOSIUS l'interdisent aux nobles et aux roturiers riches. De bonne heure, cependant on voit les classes élevées retirer d'énormes bénéfices d'entreprises commerciales. Bientôt se forme une classe de grands commerçants qui s'attire quelque considération par la richesse et la puissance. C'est l'ère des grandes entreprises commerciales et financières, à côté des établissements modestes des petits commerçants.

A Rome la forme d'entreprise commerciale qui semble avoir prédominé et sur laquelle nous sommes le mieux renseignés par les textes, c'est la *merx peculiaris*.

Dans un sens étroit les mots *merx*, *merces*, désignent les choses mobilières destinées au commerce. Dans un sens général le mot *merx* vise le fonds de commerce lui-même. La *merx peculiaris* est le pécule confié à l'esclave et spécialement affecté à l'exercice du commerce. — L'autonomie de la *merx peculiaris* est très marquée. La *merx*, qui peut porter sur l'intégralité ou une partie du pécule confié à l'esclave constitue un patrimoine séparé et indépendant, comportant un passif et un actif propres. Les créanciers commerciaux n'ont pas à redouter les créanciers du maître (seul le maître peut concourir avec eux). Notons cependant que ces derniers pourront se faire payer sur la *merx peculiaris*, après les créanciers commerciaux, car tout lien n'est pas rompu entre le patrimoine du maître et celui de l'esclave. D'autre part la *merx peculiaris* est entièrement isolée du reste du pécule de l'esclave, si bien que *l'actio tributoria* porte, non pas sur tout le patrimoine de l'esclave, mais uniquement sur la *merx*. Ainsi la fortune commerciale de l'esclave revêt une individualité et une autonomie très complète. En outre, si l'esclave commerçant a été préposé à plusieurs exploitations dans des établissements séparés, chacune de ces exploitations constitue une universalité autonome, sans liaison avec les autres.

La *merx peculiaris* est donc indépendante du patrimoine du maître et aussi de l'ensemble du pécule géré par l'esclave : c'est un ensemble de biens doué d'une vie propre, un patrimoine commercial. Le maître est étranger à l'entreprise. Quant à l'esclave il n'a aucune capacité juridique, et ce n'est pas lui que les créanciers considèrent comme leur véritable débiteur, mais bien plutôt le patrimoine commercial lui-même, la *merx peculiaris*.

Notre ancien droit n'a pas édifié de théorie sur la notion juridique du fonds de commerce. Cette imperfection

du droit est dûe aux mêmes influences qui ont retardé le développement de cette notion à Rome et dans les civilisations primitives. Avec le régime féodal, en effet, les relations commerciales sont nulles : le seigneur réclame du travail de ses subordonnés tout ce dont il a besoin. Peu à peu, cependant, le commerce et l'industrie font leur apparition, mais ce mouvement est entravé par les impôts seigneuriaux qu'ont à subir les commerçants. — A mesure que ces conditions se modifièrent le mouvement commercial grandit. Malheureusement le commerce devait se heurter aux principes de l'inféodation et de la concession royale : l'exploitation d'un métier n'était pas libre, c'était une faveur concédée, moyennant finances, par le seigneur et plus tard par le roi. A cet obstacle venait se joindre celui résultant du régime corporatif aboli seulement à la fin du xviii^e siècle. Chaque profession faisait l'objet d'une corporation indépendante et était soumise à une réglementation très minutieuse. La corporation constituait une personne morale qui absorbait la personnalité de ses membres.

Toutes ces pratiques sont évidemment opposées à l'idée de fonds de commerce qui suppose, avant tout, que le commerçant est le vrai maître de son fonds. Sans doute ces restrictions se sont atténuées avec le temps, mais elles ont laissé des traces durables qui ont entravé longtemps le développement de la notion du fonds de commerce.

Cette notion a été étudiée avec quelques détails en Italie par STRACCHA, ROCCUS, CASAREGIS. C'est une conséquence de l'admirable floraison du commerce dans les républiques italiennes au moyen âge et à l'époque de la Renaissance. L'entreprise commerciale est considérée comme une universalité juridique ayant une individualité et une vie propres, et susceptible d'être l'objet d'un

contrat de louage. Les dettes et les créances sont intimement liées au fonds qui revêt ainsi un caractère patrimonial. En cas de plusieurs établissements exploités par un même commerçant, chaque entreprise a une autonomie absolue, avec un actif et passif particuliers. Cette conception s'est fait jour dans la doctrine contemporaine italienne où le fonds de commerce constitue un patrimoine commercial, indépendant de la fortune personnelle du négociant.

Terminons en disant que sans doute, dans la conception actuelle française le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine spécial, car tout patrimoine comporte un actif et un passif, or les dettes et les créances ne font pas partie du fonds de commerce, mais sont plutôt le résultat de l'exploitation commerciale.

Mais on peut cependant soutenir que, dans la loi de 1909, le législateur s'est laissé influencer par cette idée de fonds de commerce formant un tout, une universalité ayant sa destination propre, c'est-à-dire constituant un patrimoine spécial. A l'appui de cette assertion il nous suffit de rappeler les dispositions de la loi nouvelle accordant aux créanciers chirographaires du vendeur du fonds le droit de faire opposition sur le prix, à l'exclusion des créanciers chirographaires de l'acquéreur. Permettre ainsi aux créanciers du vendeur de primer ceux de l'acquéreur, c'était évidemment reconnaître aux créanciers du vendeur un droit de préférence portant sur le fonds de commerce envisagé comme patrimoine spécial, limité au fonds. C'est encore cette même conception du fonds qui a certainement influencé le législateur de 1909 lorsqu'il admet le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, conséquence logique du caractère réel de l'obligation.

CONCLUSION

Dans le cours de cette étude nous avons montré que la loi du 17 Mars 1909, sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, contient deux dispositions qui, à première vue, paraissent en contradiction formelle avec les principes généraux du droit : D'une part, un droit de suite portant sur le fonds de commerce, c'est-à-dire sur un meuble ; d'autre part, un droit de suite reconnu à de simples créanciers chirographaires.

Nous avons vu que le droit de suite est la conséquence naturelle de la réalité d'un droit. Logiquement il devrait résulter de tout droit réel, et un droit réel ne devrait pouvoir exister sans lui. Or les meubles peuvent, au même titre que les immeubles, être l'objet d'un droit réel, par exemple d'un droit de propriété, d'usufruit, de gage. La réalité d'un droit devrait donc entraîner un droit de suite aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière. Cependant deux articles du Code civil, les art. 2.119 et 2.279 repoussent catégoriquement le droit de suite en matière mobilière, sans donner de plus amples explications.

Quel est le sens de ces deux articles ? Quel est leur fondement juridique ? Ces textes sont d'une excessive brièveté, et les travaux préparatoires ne nous

fournissent aucun renseignement. Ces axiomes étaient à tel point connus que tout commentaire paraissait inutile. Ce n'est que dans une étude historique que nous avons pu trouver l'explication des deux règles « *meubles n'ont pas de suite par hypothèques* », « *en fait de meubles possession vaut titre* ». Cette étude historique était d'autant plus indispensable que les auteurs des premières années du XIX^e siècle sont plutôt brefs sur la question.

Il nous a donc fallu rechercher l'origine de la théorie mobilière, en suivre toutes les modifications à travers les siècles, afin de pouvoir dégager l'idée fondamentale qui avait présidé à la rédaction de ces maximes. Nous avons ainsi pu constater que les motifs des art. 1.119 et 2.279 du Code civil étaient étrangers à la matière des fonds de commerce, et qu'on pouvait accorder un droit de suite sur le fonds de commerce, sans méconnaître pour cela le principe de la sécurité des transactions commerciales, et sans se mettre en contradiction avec les principes généraux du droit.

Quant à la prétendue innovation de la loi de 1909 reconnaissant un droit de suite à de simples créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, elle se concilie tout naturellement avec le droit commun. Sans doute il nous paraît excessif d'admettre le droit de suite des créanciers chirographaires, conférant ainsi aux titulaires de droits personnels des attributs réservés aux seuls droits réels. C'est que nous subissons encore l'influence de la théorie généralement adoptée en matière d'obligation, nous représentant le droit réel comme un droit absolu, et, par conséquent, muni du droit de suite et du droit de préférence, à la différence du droit personnel ou droit relatif, qui n'existe qu'entre certaines personnes limitativement déterminées.

Une étude sur l'origine de ces droits nous a cependant permis de constater qu'il n'y a aucun contraste de

nature entre le droit réel et le droit personnel. Identiques à leur origine, ces droits se sont séparés dans la suite en raison de leur différence d'objet. Mais jamais cette différence n'a dégénéré en opposition absolue. Ces deux droits se pénètrent et se rapprochent à plusieurs points de vue. Ce sont les auteurs qui ont exagéré cette distinction, établissant entre le droit réel et le droit personnel une opposition très nette, que la nature des choses ne rendait nullement obligatoire.

Le droit de suite des créanciers chirographaires sur le fonds de commerce, loin d'être une anomalie dans notre droit, est au contraire très conforme à la conception actuelle de l'obligation, et n'est du reste qu'un cas d'application d'une théorie générale de notre droit actuel.

Vu :

Lyon, le 13 Novembre 1911,

Le Président de Thèse :

BOUVIER-BANGHLON.

Vu :

Lyon, le 14 Novembre 1911,

Pour le Doyen, l'Assesseur :

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 15 Novembre 1911

Le Recteur d'Académie :

JOUBIN.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ACCARIAS : « Précis de droit romain ». 4^e édit., 2 vol. in-8°, Paris, 1886-1891.
- AUBRY & RAU : « Cours de droit civil français ». 5^e édit., revue par Rau, Falcimaigne et Gault. Paris, 1897-1907.
- BASNAGE : « Œuvres (avec le commentaire sur la coutume de Normandie et le traité des hypothèques) ». 3^e édit., Rouen, 1709.
- BAUDRY-LACANTINERIE & CHAUVEAU : « Traité de droit civil. — Des biens ». 3^e édit., 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE & DE LOYNES : Traité de droit civil. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée ». 3^e édit., 1906.
- BEAUMANOIR : « Coutumes de Beauvoisis ». 2 vol. in-8°, édit. Salmon, 1899-1900.
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ : « Coutumes d'Anjou et du Maine ». Paris, 1877-1883.
- BEMMELEN (VAN) : « Le système de la propriété mobilière ». Paris 1887.
- BOISTEL : « Précis de droit commercial ». Paris, 1875.
- BOURDOT DE RICHEBOURG : « Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules ». 4 vol. Paris, 1724.
- BOURJON : « Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes ». 2 vol., 1747.
- BOUTAUD ET CHABROL : « Traité général des fonds de commerce et d'industrie ». Supplément — Paris, 1910.
- BOUTEILLER : « Grand coutumier et pratique de droit civil et canon ou somme rural, édit. Charondas, 1621.
- BOUVIER-BANGILLON : « De la vente et du nantissement des fonds de commerce ». Les lois nouvelles, Paris, 1909.
- BRETONNIER : « Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit ». Paris, 1718.

- BRISAUD : « Manuel d'histoire du droit français », 2 vol. in-8°. Paris, 1898-1904.
- BRODEAU : « Coutume de Paris ». 2^e édit. Paris, 1669.
- CORDELET : « Rapports du 25 Janvier 1907 (Doc. parl. n° 14), du 29 Novembre 1907 (Doc. parl. n° 313), du 18 Février 1909 » (Doc. parl. n° 34).
- CUC : « Les institutions juridiques des Romains » : Tome I, 2^e édit. Paris, 1904, Tome II, Paris, 1902.
- DELANDE : « Coutume d'Orléans ». 2^e édit., revue par Perreaux. Orléans, 1705.
- DELVINCOURT : « Cours de Code civil ». Dijon et Paris, 1834.
- DEMOLOMBE : « De la distinction des biens ». Paris, 1870.
- DESMARES (JEAN) : « Décisions ». V. Brodeau : Coutume de Paris.
- DUPLESSIS : « Coutume de Paris », 5^e édit. Paris, 1754.
- DURANTON : « Cours de droit civil », 3^e édit. Paris, 1834-1837.
- ESMEIN : « Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français ». Paris, 1883.
- ESMEIN : « Cours élémentaire d'histoire du droit français ». 4^e édit., in-8°, 1901.
- FENET : « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ». 15 vol. in-8°. Paris, 1827-1835.
- FERRIÈRE : « Nouveau commentaire sur la coutume de Paris ». Nouvelle édition par Sauvan d'Aramon. Lyon, 1779.
- FIALON : « Du nantissement des fonds de commerce ». Bordeaux, 1909.
- FLURER : « Cours de droit civil ». Lyon, 1909-1910.
- FUZIER-HERMAN & DARRAZ : « Code civil annoté ». 4 vol. in-4°, 1885-1898. Supplément, 2 vol.
- GALISSET : « Corpus juris civilis ». Justiniani institutiones, Digesta, Codex, authenticæ seu novellæ constitutiones. 11^e édit. Paris.
- GIRARD : « Manuel de droit Romain ». 4^e édit., Paris, 1906.

- HUVELIN : « Cours de droit Romain ». Lyon, 1909-1910.
- HUVELIN : « Théorie générale des obligations dans tous les droits ». (Cours de droit civil comparé, Lyon, 1910-1911.
- IHERING : « Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement ». Traduction de Meulenaere. 3^e édit., 4 vol., 1886-1888.
- JOBBÉ-DU VAL : « Etude historique sur la revendication des meubles en droit français ». Paris, 1880.
- JOSSERAND : « Cours de droit civil ». Lyon, 1906-1907.
- LAMBERT : « Cours d'histoire du droit privé français ». Lyon 1909-1910.
- LAMBERT : « Procédure de preuve et procédure d'exécution de l'époque franque ». (Cours de doctorat. Lyon, 1909-1910).
- LAPEYRÈRE : « Décisions du Palais ». 6^e édit. Bordeaux, 1749.
- LAURENT : « Principes du droit civil français ». Bruxelles-Paris, 1869-1878.
- LEX VISIGOTHORUM : V. Walter, Corpus juris germanici antiqui.
- LEX RIPUARIORUM : V. Walter, Corpus juris germanici antiqui.
- LEX BURGUNDIONUM : V. Walter, Corpus juris germanici antiqui.
- LEX FRISIONUM : V. Walter, Corpus juris germanici antiqui.
- LEX BAIUWARIORUM : V. Walter, Corpus juris germanici antiqui.
- LÉVY (EMMANUEL) : « Le droit repose sur des croyances ». Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale. (Juin-Août 1909).
- LÉVY : « Preuve par titre du droit de propriété immobilière ». Paris, 1896.
- LI LIVRES DE JUSTICE ET DE PLET : Rapetti, 1850.
- LOCRÉ : « Législation de la France ». Paris, 1827-1832.
- LOYSEL (ANTOINE) : « Institutes coutumières ». Nouvelle édition par Dupin et Laboulaye. Paris, 1846, 2 vol. in-12.

- LYON-CAEN & RENAULT : « Traité de droit commercial. 4^e édit. Paris, 1906.
- MARCADÉ : « Explication du Code civil ». (Tome II). 8^e édit. Paris, 1886.
- MARCULF : « Formulæ veteres ». Edit. Bignon. Paris, 1665.
- MARNIER : « Le conseil de Pierre de Fontaines ». Paris, Joubert, 1846.
- MAY (GASTON) : « Éléments de droit romain ». 7^e édit. Paris, 1901.
- MERKEL : « Lex Salica ». Berlin, 1850.
- MICHAS : « Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle ». Paris, 1900.
- ORTOLAN : « Histoire et généralisation du droit romain ». 12^e édit. Paris, 1884.
- PERCEROU : « Étude ». Bulletin de la société d'études législatives. Année 1903.
- PETIT : « Traité élémentaire de droit romain ». 4^e édit. Paris, 1903.
- PLANIOL : « Traité élémentaire de droit civil ». 4^e édit. 3 vol. Paris, 1908.
- POINCARÉ : « De la possession des meubles en droit romain. De la revendication des meubles dans l'ancien droit, et sous le code civil, en droit français ». Paris, 1883.
- POTHIER : « Œuvres », annotées par Bugnet. 2^e édit. Paris, 1861-1862.
- POULLAIN-DUPARC : « Coutumes générales du païs et duché de Bretagne ». Rennes, 1745-1748.
- THALLER : « Traité élémentaire de droit commercial ». 3^e édit. Paris, 1904.
- TOULLIER : « Le droit civil français ». (Tome III). 5^e édit. Paris, 1830.
- VALETTE : « De la propriété et de la distinction des biens ». Paris, 1879.
- VERMOND : « Manuel de droit maritime ». 2^e édit. Paris, 1906.
- VIOLLET (PAUL) : « Histoire du droit civil français ». 3^e édit., 1905.
- WALTER : « Corpus juris germanici antiqui ». Berlin, 1824.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE

Délimitation du sujet	1
---------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Constatation des dispositions légales	6
SECTION I. — Droit de suite du vendeur et des créanciers nantis	10
CHAPITRE I. — Privilège du vendeur	10
CHAPITRE II. — Privilège du créancier nanti.	13
CHAPITRE III. — Droit de suite du vendeur et des créanciers nantis	18
SECTION II. — Droit de suite des créanciers chirographaires .	38
CHAPITRE I. — Publication des mutations de fonds de commerce.	40
CHAPITRE II. — Surenchère du Sixième.	49

DEUXIÈME PARTIE

Conciliation avec le droit commun du droit de suite sur le fonds de commerce	64
SECTION I. — Refus du droit de suite au propriétaire. — Origine de la règle : en fait de meubles possession vaut titres	72
CHAPITRE I. — Droit Romain.	72
CHAPITRE II. — Droit Germanique.	78
CHAPITRE III. — Ancien Droit Français.	82
CHAPITRE IV. — Système du Code civil	94

SECTION II. — Refus du droit de suite au créancier. —	
Origine de la règle : meubles n'ont pas de suite par	
hypothèque	104
CHAPITRE I. — Droits Romain et Grec.	104
CHAPITRE II. — Ancien Droit Français	110
CHAPITRE III. — Système du Code civil	125

TROISIÈME PARTIE

Combinaison du droit de suite des créanciers chirographaires sur	
le fonds de commerce avec les principes généraux de droits .	144
SECTION I. — Conception de l'obligation en droit Romain .	161
CHAPITRE I. — Vieux droit civil Romain (droit des XII tables)	161
CHAPITRE II. — Phase historique du droit Romain	177
SECTION II. — Conception de l'obligation en droit germanique	207
CHAPITRE I. — Système primitif	207
CHAPITRE II. — Modifications apportées à la conception	
première de l'obligation	217
SECTION III. — Conception de l'obligation en droit co. tem-	
porain	229

CONCLUSION

CONCLUSION	256
Index bibliographique	259

